البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل العتبية

في فقه الإمام مالك

تأليف

القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد
ابن رشد القرطبي
المتوفى سنة ٥٢٠ هـ

تحقيق

محمد عثمان

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية :

السداد والأنهار - المديان والتفليس - الرهون - الاستحقاق
الغصب - الحوالة والكفالة - الشركة - الشفعة - القسمة

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title	: **AL-BAYĀN WAL-TAḤṢĪL WAL-ŠARḤ WAL-TAWJĪH WAL-TAʿLĪL LIMASĀʾIL AL-ʿUTBIYYAH**
Classification:	Malikit jurisprudence
Author	: Al-qāḍi Ibn Rušd
Editor	: Muḥammad ʿUṯmān
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Pages	: 6880 (11 Volumes)
Size	: 17*24
Year	: 2011
Printed in	: Lebanon
Edition	: 1st

الكتاب	: **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل العتبيّة**
التصنيف	: فقه مالكي
المؤلف	: القاضي أبو الوليد ابن رشد
المحقق	: محمد عثمان
الناشر	: دار الكتب العلميـــة - بيروت
عدد الصفحات	: 6880 (11 جزءاً)
قياس الصفحات	: 24*17
سنة الطباعة	: 2011
بلد الطباعة	: لبنــان
الطبعة	: الأولى (لونان)

DKI
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quobbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel: +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
Po.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

ISBN 978-2-7451-6484-1
ISBN 2-7451-6484-8

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب السداد والأنهار

وصلى الله على من لا نبي بعده ولا شفيع نرجوه سواه سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

من سماع ابن القاسم من مالك

من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن تفسير قول مالك في الماء يكون بين الرجلين فتهور البئر فيقال لأحدهما اعمل ولك الماء كله، أو اعمل مع صاحبك إن كل أرض كانت مشتركة لم يقتسمها أهلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعاً فانهدمت أو تهورت البئر فإنه يقال لصاحبه إذا كان بينهما الأصل: اعمل مع صاحبك، أو بع حصتك من الأصل والماء، أو قاسمه الأصل فخذ حصتك ويأخذ حصته، فيؤمر من أحب أن يعمل عَمِلَ، ومن أحب أن يترك ترك، ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة فيرجع على حقه من الماء، وإن كان بينهما زرع أو شجر مثمر في أرض لهما فإن من أبى أن يعمل يجبر على ما أحب أو كره أو يبيع ذلك ممن يعمل معه، وأما كل أرض مقسومة أو شجر مقسومة أو زرع لرجلين في أرض مقسومة بينهما إلا أن ماءهما واحد فتهور البئر وتنقطع العين فيأبى أحدهما أن يعمل ويرضى بهلاك زرعه أو شجره أو أصوله فإن ذلك له، ولا يكلف النفقة معه، ويقال للآخر: اعمل ولك الماء كله إلا أن يأتي شريكه بالذي يصيبه من النفقة في حصته فيرجع على حقه من الماء، وإنما الشريكان في الأصول والزرع إذا انهارت البئر بمنزلة الشريكين في الدار تنهدم فيأبى أحدهما أن يبني ويريد الآخر البنيان فيقال له ابن مع صاحبك أو قاسمه العرصة فما صار له بنى فيه وما صار لك صنعت فيه ما شئت، وكذلك الأصول والزرع إذا كان بين الرجلين، قال سحنون: كان ابن نافع يقول والمخزومي إنما هذا في كل بئر ليس عليها حياة لا زرع ولا نخل ولا غيره، فأما كل بئر عليها حياة أو عين فتهور فيأبى أحدهما أن يعمل فإنه يجبر على أن يعمل معه أو

يبيع نصيبه ممن يعمل معه بمنزلة السفل يكون لرجل والعلو لآخر فينهدم فإن صاحب السفل يجبر على أن يعمل فإن أبى بيع عليه (١).

قال محمد بن رشد: إذا كان للشريكين في الأرض زرع بينهما قد زرعاه جميعاً فلا تجوز قسمته مع الأرض، والواجب في ذلك إذا أرادا قسمة الأرض أن يقتسماها دون الزرع ويبقى الزرع مشتركاً بينهما إلى أن يحصداه ويدرساه ويقتسماه بالكيل، فقوله في أول هذه المسألة إن كل أرض كانت مشتركة لم يقتسمها أهلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعاً فانهدمت البئر أو تهورت فإنه يقال لصاحبه إذا كان بينهما الأصل: اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل والماء أو قاسمه الأصل فخذ حصتك ويأخذ حصته فيؤمر من أحب أن يعمل عَمِلَ، ومن أحب أن يترك ترك، ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة فيرجع على حقه من الماء، معناه إذا كان الزرع قد استغنى عن الماء، وإنما يحتاج إلى سقي الأرض بعد حصاد الزرع، فأراد أحدهما إصلاح البئر ليسقيا بمائها الأرض بعد حصاد الزرع منها وأبى الآخر من ذلك فحينئذ يكون ما قال من أنه يقال للآبي منهما اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل والماء أو قاسمه الأصل بمنزلة إذا لم يكن في الأرض زرع سواء، وقال إنه يقال للآبي منهما إما أن تعمل مع صاحبك أو تبيع حصتك من الأصل أو تقاسمه إياه ولم يقل إذا أبى من الثلاثة الأوجه كلها ماذا يحكم به عليه منها، والذي يحكم به عليه منها القسمة، فكان صواب الكلام أن يقال يقال للآبي منهما لا بد لك من أن تقاسم شريكك إلا أن تعمل معه أو يبيع حصته فإن باع حصته وأبى المشتري أن يعمل قيل له ما قيل للبائع: لا بد لك من أن تقاسم شريكك أو تعمل معه أو تبيع حصتك. وقوله في الرواية بعد ذلك وإن كان بينهما زرع أو شجر مثمر في أرض لهما فإن من أبى أن يعمل يجبر على ما أحب أو كره على أن يعمل أو يبيع ذلك ممن يعمل معه، معناه إذا احتاج الزرع أو الثمر إلى السقي، وهو صحيح، إذ لا يمكنهما قسمة ذلك مع الأرض، وقال إن من أبى أن يعمل يجبر على ما أحب أو كره على أن يعمل أو يبيع ذلك ممن يعمل، ولم يقل إذا أبى منهما جميعاً على أيهما يجبر منهما، وفي ذلك

(١) قال ابن القاسم: في الجدار بين الرجلين يكون لأحدهما فانهدم بأمر من الله: لا يجبر على إعادته. وكذلك إن هدمه هو لوجه منفعته ثم عجز عن ذلك واستغنى عنه فإنه لا يجبر على رده، ولو هدمه للضرر أجبر على أن يعيده. قال سحنون: لا يجبر على بنيانه إذا انهدم في قول ابن القاسم، ويجبر على قول ابن كنانة وبه أقول. التاج والإكليل ٢٩٨/٤.

اختلاف، قيل إنه يجبر على أن يعمل معه، وقيل إنه يجبر على أن يبيع ممن يعمل معه، وهو قول ابن القاسم في رسم الكبش من سماع يحيى [١]، وسيأتي القول على ذلك هنالك إن شاء الله. وقد قيل إن البيع على هذا الشرط لا يجوز ويباع عليه من حظه بقدر ما يلزمه من العمل فيما بقي من حقه بعدما بيع عليه منه، وهو قول مالك في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الأقضية، وأصح القولين في النظر، وقد قال سحنون إن البيع على الشرط إنما جاز على وجه الضرورة إذا لم يكن للبائع مال، وليس قوله بِبَيِّنٍ إذ لا ضرورة تدعو إلى ذلك لأنه يقدر على أن يباع عليه من حظه دون شرط بقدر ما يلزمه من الإنفاق في عمل ما بقي من نصيبه، وقد ذكرنا ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأقضية. وأما الأرض المقسومة فإن لم يكن عليها حياة فلا اختلاف في أن الآبِيَ لا يلزمه العمل مع صاحبه، ويقال لصاحبه اعمل ولك الماء كله أو ما زاد تعمله إلى أن يأتيه صاحبه الآبي بما يصيبه من النفقة، ويدخل في كون الماء له إلى أن يأتيه شريكه بحظه من النفقة اختلاف بالمعنى من مسألة نوازل عيسى بن دينار بعد هذا من هذا الكتاب. وأما إذا كان عليها حياة فقال ابن القاسم ذلك بمنزلة إذا لم يكن عليها حياة سواء، وقال ابن نافع والمخزومي إن الشريك في العين أو في البئر يجبر على أن يعمل معه أو يبيع نصيبه ممن يعمل معه بمنزلة العلو يكون لرجل والسفل لآخر فينهدم، وهو تَنْظِيرٌ غير صحيح، إذ لا يقدر صاحب العلو أن يبني علوه حتى يبني صاحب السفل سفله، ويقدر الذي يريد السقي بماء البئر المشتركة بينهما إذا انهدمت أن يصل إلى ما يريده من السقي بأن يصلح البئر ويكون أحقّ بجميع الماء إلى أن يأتيه صاحبه بما ينوبه من النفقة، فقول ابن القاسم أصح من قول ابن نافع والمخزومي، والله أعلم وبه التوفيق.

---

(١) وذكر المتيطي آخر كتاب كراء الأرضين قال: وهو كما لو وقع على شجرة فأضر بها.

ونقل المتيطي أيضا: إذا جر السيل بذر رجل فنبت بأرض آخر كما لو جر شجرة كذلك كما لو انتشر الحبّ في الأرض المكتراة ونبت لقابل.

وانظر أيضاً هناك ذكروا أن ما نبت بالتخم فهو بينهما بخلاف نهر يشق في أرض رجل فنبت به قصب هي لرب الأرض إذ ما لصاحب الماء إلا مجاز الماء خاصة.

وانظر في كتاب السداد والأنهار في مسائل سئل عنها عيسى بن دينار حكم النهر يكون لناحية أرض رجل فييبس حتى يصير أرضا تعتمر لمن يكون ذلك؟ وفي نوازل ابن الحاج الموضع الذي زال عنه الوادي هو للذين يلونه ولا يكون مواتا، وبهذا هي الفتيا خلافا. التاج والإكليل ٤/ ٢٩٨.

ومن كتاب أوله أخذ يشرب خمراً

قال: وسئل عن الرجل تكون له الأرض فيها العشب فيريد أن يحميها، أترى ذلك له؟ قال: نعم إذا كان له بها حاجة، وان لم تكن له بها حاجة فلا أرى ذلك له[1].

قال محمد بن رشد: الحكم في الكلأ يختلف باختلاف مواضعه، ومواضعه تنقسم على قسمين: أحدهما أن يكون في أرض غير متملكة، والثاني أن يكون في أرض متملكة، فأما إذا كان في أرض غير متملكة مثل الصحارى والبرارى والفيافي فلا اختلاف في أن الناس كلهم فيه سواء، ليس لأحد منهم أن يمنعه ولا أن يبيعه وهو قائم في موضعه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لَا يُمْنَعُ الْكَلأُ " وقوله صلى الله عليه وسلم: " لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ " فنهى عن منعه وعمَّا هو ذريعة إلى منعه لأن صاحب الماشية إذا منع من الماء لم يقدر على الإقامة على الرعي، فإن جاء رجلان لرعي كلأ هذا الموضع معاً كانا فيه أسوة، واختلف إن سبق أحدهما إليه فنزله وجعل يرعى ما حَوْلَهُ أو حفر فيه بئراً هل يكون أحقّ بقدر حاجته من كلأ ذلك الموضع دون الفضل أم لا على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يكون أحقّ بشيء من كَلَئِه، والناس معه فيه أسوة، وهو نص قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب حريم البئر من المدونة، والثاني أنه يكون أحقّ من الناس بقدر حاجته من كلأ ذلك الموضع الذي نزله وجعل يرعى ما حوله، وإن لم يحتفر فيه بئراً، وهو قول أشهب، فرآه أحقّ بالسبق إلى ذلك الموضع والنزول فيه، ومعناه إذا انتجع إليه وقصده من بعد، وأما إذا مر به فنزله فلا يكون لمجرد سبقه إليه أحقّ بمقدار حاجته من كَلَئِه، والله أعلم، وقد تُؤُوِّلَ أن قول أشهب ليس معناه أنه جعله بمجرد السبق إلى النزول في ذلك الموضع أحقّ من الناس بقدر حاجته من كَلَئِه، وإنما معناه أنه جعل رعيه لكلأ ذلك الموضع

---

(1) الكلأ بأرض غير مملوكة الناس فيه سواء اتفاقا ليس لأحد منعه ولا بيعه، فإن جاء رجلان لكلأ موضع كانا فيه أسوة (وعفي لم يكتنفه زرعه) ابن رشد: ما بالأرض المملوكة أقسام المحظرة بالحيطان كالحوائط والجنات، ربها أحقّ بما بها من الكلأ، وله بيعه ومنعه ممن يرعى ويحتش وإن لم يحتج إليه. وأما العفاء والمسرح من أرض قريبة فليس له منع ما بها من كلأ ولا يمنع أحدا من فضل حاجته اتفاقا إلا أن يضره بدابة أو ماشية في زرع يكون له حدّ إليه، وأما الأرض التي بورها للرعي وترك زراعتها لذلك، فقول ابن القاسم صحة منعه غيره إن احتاج إليه أو وجد من يشتريه وإلا أجبر على تركه للناس. وأما فحوص أرضه وفدادينه التي يبورها للرعي ففيها ثلاثة أقوال. التاج والإكليل ٥/٣٠٠.

إحياءً له لأنه لما رعاه صار له عليه يد، فيكون أحقّ بما يحدث فيه من الكلأ مرة أخرى إلا أن يفضل عن حاجته منه فضل فيكون الناس في الفضل أسوة، ولا اختلاف في الفضل على حال، والقول الثالث أنه لا يكون أحقّ بقدر حاجته من كلأ ذلك الموضع الذي سبق إليه بالنزول وإن رعاه إلا أن يحفر فيه بئراً فيكون أحقّ بقدر حاجته من الكلأ كما يكون أحقّ بقدر حاجته من الماء، وهو ظاهر قول المغيرة وأعدل الأقوال وأولاها بالصواب لأنه لا يقدر على المقام على الماء إذا لم يكن له في ذلك الموضع مرعى فتذهب نفقته في البئر باطلاً، وكذلك لو سبق بالنزول في ذلك الموضع فبنى فيه بنياناً أو أنفق فيه نفقة لوجب على قياس هذا أن يكون أحقّ بقدر حاجته من كلأ ذلك الموضع من غيره لئلا تذهب نفقته باطلاً، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ " فمن الضرر البين أن يدخل عليه غيره في قدر حاجته من كلأ الموضع الذي أنفق فيه نفقته، وأما إذا كان الكلأ في أرض متملكة فإن الأرض المتملكة تنقسم في ذلك على أربعة أقسام: أحدها أن تكون محظرة قد حظر عليها بحيطان كالجنات والحوائط، والثاني أن تكون غير محظرة إلا أنها حِمَاهُ ومُرُوجُهُ التي قد بورها للمرعى وترك زراعتها من أجل ذلك، والثالث فدادينه وفُحُوص أرضه التي لم يبورها للمرعى وإنما ترك زراعتها لاستغنائه عن زراعتها وَلِيُجِمَّها للحرث فنبت فيها الكلأ، والرابع الْعَفَا والمسرح من أرض قريبة [1]، فأما الأرض المحظرة التي قد حظر عليها كالحوائط والجنات فلا اختلاف فيما كان فيها من الكلأ أن صاحبه أحقّ به، له أن يبيعه ويمنعه احتاج إليه أو لم يحتج إليه، وليس لأحد الدخول عليه في حائطه لرعي ولا احتشاش إلا بإذنه، وأما العَفَا والمسرح من أرض قريبة فلا اختلاف في أنه لا يبيعه ولا يمنع الناس عما فضل من حاجته منه إلا أن يكون عليه في تخلص الناس إليه بدوابهم ومواشيهم ضرر من زرع يكون له حقّ إليه فيفسد عليه بالإقبال عليه والإدبار، وأما الأرض التي بورها للمرعى وترك الانتفاع بزراعتها من أجل ذلك فقيل له أن يمنع إن احتاج إليه ليرعاه ويبيع إن لم يحتج إليه ممن يرعاه أو يحتشه، وهو مذهب ابن

---

(١) أما الثاني والثالث فاختلف فيهما على ثلاثة أقوال فقال ابن الماجشون له أن يبيع مرعى أرضه كأن بورها للكراء أو لم يبورها له.

وقال أشهب ليس له أن يبيع، وإنما يكون أحقّ بمقدار حاجته ويترك الفضل للناس.

وقال ابن القاسم له أن يبيع إن أوقفها للرعي، وليس له أن يبيع ما في فدادينه وفحوصه. منح الجليل ٨/٤٦٤.

القاسم وابن الماجشون، فإن لم يحتج إليه ولا وجد من يبيعه منه جبر على أن يخلي بين الناس وبينه، ولا يباح له أن يمنع الناس منه ويترك حتى ييبس ويفسد، وقيل: إن له أن يمنع إن احتاج إليه، وليس له أن يبيع، وهو قول أشهب، وأما فحوص أرضه وفدادينه التي لم يبورها للمرعى فقال ابن القاسم وأشهب له أن يمنع إن احتاج، وليس له أن يبيع إن لم يحتج إليه، وقال ابن الماجشون: له أن يمنع إن احتاج وأن يبيع إن لم يحتج إليه، فأشهب يرى أنه ليس له أن يبيع مراعي أرضه كان قد بورها للكلأ أو لم يبورها لذلك، وابن الماجشون يرى أن له أن يبيع مراعي أرضه كان قد بورها للكلأ أو لم يبورها لذلك، وابن القاسم يفرق في إجازة البيع له إذا استغنى عنه بين الأرض التي بورها للمرعى وبين التي لم يبورها للمرعى، فتحصل في مجموع الطرفين ثلاثة أقوال، وفي كل طرف منها على انفراده قولان. وقد اختلف فيما وقع في كتاب حريم البئر من المدونة من قول مالك إذا كانت لرجل أرض فلا بأس أن يمنع كَلأها إذا احتاج إليها وإلا فليخل بين الناس وبينه، ومن قوله فيه لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضه ممن يرعاه عَامَهَ ذلك بعد أن ينبت ولا يبيعه عامين ولا ثلاثة، فقيل: إن ذلك اختلاف من قوله، مرة رأى أن للرجل أن يبيع خصب أرضه كان قد وقفها للمرعى أو لم يوقفها له، مثل قول ابن الماجشون، ومرة رأى أنه ليس له أن يبيعه كان قد وقف الأرض للمرعى أو لم يوقفها له، مثل قول أشهب، وقيل: ليس ذلك اختلافاً من قوله، ومعناه أنه فرق في ذلك بين الأرض التي وقفها للمرعى والتي لم يوقفها له، مثل قول ابن القاسم، وهو تأويل عيسى بن دينار في نوازله بعد هذا من هذا الكتاب، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مرض وله أم ولد فحاضت

وقال مالك في خليج لرجل يجري تحت جدار لرجل آخر فجرى السيل فيه فهدمه، فقال صاحب الحائط لصاحب الخليج: ابن لي حائطي، وقال الآخر: لا أبنيه، فقال مالك: أريتك لو أراد صاحب الحائط أن يسقى به أكان يدعه؟ قال: لا، قال: فإني أرى أن يقضي ببنيانه على صاحب الخليج الذي أفسد حائط الرجل[1].

(١) ابن يونس: إن اشترى موضع الجذوع شراء مؤبدا فانهدم الجدار الذي يحمل عليه فعلى ربه أن يبنيه على حسب ما كان فمحل هذا عليه جذوعه وإن كان إنما اشترى منه حمل مدة معلومة كسنة أو سنتين أو أكثر فانهدم الجدار لا يلزم ربه بناؤه ويفسخ بقية المدة ويرجع بما يخص ذلك، لأن ذلك كراء والمكري لا يلزمه إذا انهدمت الدار أن يبنيها وينفسخ الكراء والذي اشترى =

قال محمد بن رشد: إنما وجب على ربّ الخليج بناء الحائط لأنه هو الذي ساق الماء فيه، فأشبه سائق الدابة في وجوب ضمان ما وطئت عليه، فإذا كان لرب الحائط أن يسقى به سقط الضمان عن صاحب الخليج لأن ربّ الحائط قد ساق الماء فيه معه فلم ينفد على صاحب الحائط فيما صنعه، وإنما قال: إنه يقضي ببنيانه على صاحب الخليج ولم يقل إنه يلزمه قيمته على أصل المذهب في وجوب القيمة في العروض المستهلكة إذ لا قيمة له على انفراده فإنما يقوم بأن يقول كم قيمة جميع الحائط قبل أن ينهدم هذا الجدار منه؟ وكم قيمته والجدار مهدوم؟ فتكون قيمة الجدار على الصفة التي كان عليها من البلاء ما بين القيمتين، وقد لا يكون فيما بين القيمتين ما يقام به الحائط جديداً، فوجب أن يكون على المستهلك للحائط بإجراء الماء في الخليج ما يبنى به الحائط جديداً، إذ لا يتحصن لصاحب الحائط حائطه إلا بذلك، وهو معنى قوله إنه يقضى ببنيانه على صاحب الخليج لأن المراد بذلك أن يكون عليه إجارة الأجراء في بنيانه وإجارة من يقوم بولاية بنيانه، فيستأجر الأجراء وما يحتاج إليه في ذلك من المواعن والآلات، أو يلي هو ذلك بنفسه فلا يكون عليه سوى الأجر. وإلزام المستهلك في هذه المسألة أكثر من قيمة ما استهلك شبيه بما قالوا فيمن استهلك فَرْدَ خُفٍّ لرجل أنه لا يلزمه قيمته على انفراد، وإنما يلزمه ما نقص من قيمتهما جميعاً، وكان يمضي لنا عند من أدركنا من الشيوخ أن هذه المسألة من المسائل التي قضى فيها بالمثل في العروض كَشَرْوَى الجلود في مسألة الذي باع "البعير الذي قام عليه واستثنى جلده فاستحياه المبتاع، وَكَرَفْو الثوب في مسألة الذي خرق ثوباً لرجل خرقاً يسيراً، وليس ذلك بصحيح، إذ لم يقض على مستهلك الحائط بمثله في صفته من البلاء إذ لا يمكن ذلك ولا يصح فيكون كمسألة شروى الجلد، فأما مسألة الرَّفْو فليس بقضاء بالمثل لأنه لم يستهلك له رَفْواً وإنما خرق له ثوباً صحيحاً لا رَفْوَ فِيه، فلا معنى للمسألة إلا ما ذكرناه فيها، وبالله التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب الأقضية الثاني

قال سحنون: قال أشهب وعبد الله بن نافع سئل مالك عن واد كان لرجل فأقطع

=

ذلك مؤبدا قد ملك موضع الحمل، فإذا انهدم لزم ربه بناؤه كانهدام السفل أن على ربه بناءه ليبني صاحب العلو فوقه. التاج والإكليل ٣٦٧/٦.

رجلاً عيناً في الوادي فمات القاطع والمقطع فقام ولد المقطع فأرادوا الرفع في العين فأبى ابن القاطع وليس يعرف كيف أقطعهم العين إلا أنها في أيديهم منذ ستين سنة، فقال مالك: أقطعهم عيناً لَا هُمْ أحدثوا فيها شيئاً بحضرتهم ثم جاؤوا يخاصمونهم فيقولون: قد أحدثنا وأنتم تنظرون، فهم يريدون أن يأخذوا الوادي كله، فليس هكذا؟ يكون، وكذلك لو أعطى رجل رجلاً بيتاً فأي بيت هو وما ذرعه؟

قال محمد بن رشد: إقطاع الرجل الرجل العين من واديه هبة من الهبات تفتقر إلى ما تفتقر إليه الهبات من حيازة الشيء الموهوب في صحة الواهب، فالمعنى في هذه المسألة أنه أقطعه من واديه عيناً لم يسم له موضعاً، ولا حدّ له مقداراً، فحاز منه قدراً ما في موضع ما، وبقي في يديه ستين سنة بعد موت القاطع، ثم أراد أن يرفع العين إلى أرفع من موضعه ليستكثر فيه من ماء الوادي، فلم ير ذلك لهم، إذ لم يفعلوه في حياة القاطع ولا بعد موته بحضرة الورثة منذ مدة تكون حيازة عليهم، وضَعَّفَ وجوب ذلك لهم بما ذكره من أن القاطع لم يحدَّ لما أقطعه قدراً معلوماً، يقول فهو لو حدّ له قدراً معلوماً فلم يستوفه في حياته لم يكن له أن يأخذه بعد وفاته، فأحرى إذ لم يحد له حداً ألا يكون له أن يستزيد فيه بعد وفاته شيئاً، هذا معنى هذه المسألة عندي، وقوله: لَا هُمْ أحدثوا فيها شيئاً بحضرتهم ثم جاؤوا يخاصمونهم فيقولون: قد أحدثنا وأنتم تنظرون، معناه لَا هُمْ أحدثوا فيها شيئاً بحضرتهم فتكون لهم بذلك حجة عليهم في مخاصمتهم إياهم، وبالله التوفيق[1].

مسألة:

وسئل عن حريم الآبار والعيون قال: إنما الحريم في الفلوات التي ليست لأحد، فأما الرجل يحتفر في حقه البئر والعين فذلك له إلا أن يضر ذلك بجاره ضرراً بَيّناً، فإن الرجل يعمد إلى بئر جاره أو عينه فيحتفر إليها في حده ليستفرغ ماءها وُيصَيِّرَهُ إلى بئره، فإذا كان ذلك ضرراً بيناً فلا أرى ذلك له[2]، وأما الحريم في الفلوات فليس له

---

(١) ابن رشد: الإقطاع يكون في البراري والمعمور إلا معمور أرض العنوة التي حكمها أن تكون موقوفة.ابن عرفة: يريد إقطاع تمليك، وأما إقطاعها للانتفاع بها مدة فجائز.قاله الطرطوشي وغيره. التاج والإكليل ٥/٢٦٢.

(٢) قال ابن نافع حريم البئر العادية خمسون والتي ابتدئ عملها خمسة وعشرون انتهى.
والعادية بالتشديد قال في النهاية لابن الأثير شجرة عادية أي قديمة كأنها تنسب إلى عاد وهم قوم هود عليه السلام وكل قديم ينسبونه إلى عاد وإن لم يدركهم انتهى.ففهم من كلامه أن العادية بتشديد الياء، وفي الصحاح: وشيء عادي أي قديم كأنه منسوب إلى عاد. مواهب الجليل =

أمد معلوم، وذلك يختلف، وربما يصير ذلك إلى الإضرار، فما كان لا يضر فلا بأس به، وله أن يحتفر، وذلك يختلف، أما الأرض الخشخاش الصخور الشديدة فإن الحفر في ذلك لا يكاد يضر صاحبه وإن تقاربت الآبار في ذلك، وأما الأرض البطاح اللينة فإنها إذا تقاربت انتشف بعضها مياه بعض، فأرى أن يبعد عنه بقدر ما لا يضر بمائه، وليس لذلك حدّ معلوم من الأذرع، إنما ينظر في ذلك إلى الإضرار بأهل تلك الآبار. قال ابن نافع: وقد بلغني في حريم البئر العادية خمسين ذراعاً، والبئر البادية خمسة وعشرون ذراعاً، أخبرنا به ابن أبي ذؤيب عن ابن شهاب.

قال محمد بن رشد: الأرض الخشخاش هي الأرض الرملة التي تسمع لها جلبة عند المشي عليها، قال الخليل: الخشخشة صوت السلاح والينبوت والصخور الأرض المصخرة فيريد أن الأرض الرملة المصخرة الشديدة بخلاف الأرض البطحاء اللينة في انجلاب الماء إليها من قرب، وهذا مثل قوله في المدونة سواء، ومن الآبار آبار تكون في أرض رخوة، وأخرى تكون في أرض صلبة أو في صفاً، فإنما ذلك على قدر المضرة بالبئر، فحريم الآبار عند مالك -رحمه الله- إنما هو ما يضر بها قَرُبَ أَوْ بَعُدَ، ولا حدّ في ذلك، والحد المروي فيه عن ابن شهاب لا وجه له في النظر والقياس إلا أن يكون ذلك عن توقيف عن النبي صلى الله عليه وسلم يجب الوقوف عنده. وقوله في هذه الرواية إلا أن يضر ذلك بجاره ضرراً بيناً هو أن يستفرغ ماء بئر جاره، وذلك خلاف لظاهر ما في المدونة إذْ أُطْلِقَ الضرر فيها من غير تقييد بصفة، وابن كنانة يقول: إن له أن يحفر في داره بئراً وإن أضر ذلك ببئر جاره، وأشهب يقول: إنه إن كان يَجِدُ بُدًّا من احتفار ذلك وليس بمضطر إليه منع من ذلك، وإن كان مضطراً كان له أن يحفر وإن أضر بجاره، فيتحصل في ذلك أربعة أقوال: له أن يحفر وإن أضر حفره ببئر جاره، وليس له أن يحفر إذا أضر حفره ببئر جاره، والفرق بين أن يستفرغ ماء بئر جاره أو لا يستفرغه، والفرق بين أن يجد مندوحة عن الحفر أو لا يجد، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل مالك فقيل له: إن عاملنا أقطعنا أرضاً أربعمائة ذراع من حدّ كذا إلى حدّ كذا، فغبت عنها، فوثب عليها رجل فعمرها وبنى فيها، ثم قدمت فأردت أخذها فقال: لا

-

٨/٢٦٦.

أراك حزت ما قطع لك بعمارة ولا بناء حتى جاء غيرك فعمر وبنى، يقطع أحدهم فيذهب ويدعها ولا يعمرها حتى يريد منعها بذلك شأن قطيعة هذا ضعيفة لم يحزها بعمارة ولا بناء حتى عمرها غيرك، فقال: إنما عمرها وأنا غائب، فقال له: كم غبت؟ فقال: ثلاثة أشهر، فقال له: فما كان هنالك أحد يعلمه أنك أُقْطِعْتَها؟ فقال: لا أدري، فقال: وما عمارة هذا لها مؤنة؟ فقال: إي لعمري إن لها لمؤنة، بنى فيها حوانيت، فقال له: ما أرى قطيعتك إلا ضعيفة لم تحزها حتى عمرها غيرك، وأريت من أقطعك إياها؟ فقال: وَالِينَا، فقال: وأريت وَالِيَكُم أُمِرَ أنْ يُقْطِعَ أحداً؟ ما أرى أمرك إلا ضعيفاً، وَارْفَعْ أمرك إلى السلطان.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن العامل أقطعه الأربعمائة ذراع من الأرض الموات فيما قرب من العمران بدليل قوله بنى فيها حوانيت، إذ لا تبنى الحوانيت في الفيافي والقفار، وقد اختلف فيما قرب من العمران من الموات الذي يَتَشَاحُ الناس فيه، فقيل: ليس لأحد أن يُحْيِيَهُ إلا بقطيعة من الإمام، فإن فعل نظر الإمام في ذلك، فإن رأى أن يقره له أقره، وإن رأى أن يقره للمسلمين ويعطيه قيمة بنيانه منقوضاً أو يأمره بنقضه فعل، وإن رأى أن يقطعه غيره أقطعه، ويكون للأول قيمة بنيانه منقوضاً، وهو قول مطرف وابن الماجشون، وهو معنى ما في المدونة إذا قال فيها: إن ما قرب من العمران وما يتشاح الناس فيه ليس لأحد أن يُحْيِيَهُ إلا بقطيعة من الإمام، وقيل: إنه إن فعل أمضى ذلك الإمام مراعاة للخلاف، وهو قول أشهب، فعلى هذا القول تأتي روايته هذه عن مالك في هذه المسألة، لأن معنى ما ذهب إليه فيها أن المُقْطَع لما غاب عنها وتركها هذه المدة دل ذلك من فعله على أنه قد سلمها وترك حقه فيها، فوجب أن تكون للذي عمرها وأحياها ببناء الحوانيت فيها وإن لم يستأذن الإمام في ذلك على قياس قول أشهب مراعاة للاختلاف في ذلك، إذ قد قيل: إنه ليس على أحد أن يستأذن الإمام في إحياء موات قريب من العمران ولا ما بَعُد منه مع ضعف هذا الإقطاع إذ ليس للعامل أن يُقْطِع شيئاً من الموات إلا بإذن الإمام، وهذا إذا لم يعلم الثاني بإقطاعها للأول، ولو علم بذلك لكان متعدياً ولم يكن له إلا قيمة بنيانه منقوضاً وإن كانت عمارته إياها قبل أن يحوزها الأول بعمارة أو بنيان بعض لأن للإقطاع حكماً من الأحكام لا يفتقر إلى حيازة على ما يأتي في رسم شراء الدور والمزارع من سماع يحيى من هذا الكتاب، فليس قوله في هذه المسألة لا أراك حزت ما قطع لك بعمارة ولا بناء حتى جاء غيرك فعمر وبنى بخلاف لما في سماع يحيى

على ما ظنه أهل النظر، فالعلة في سقوط حقّ الأول فيما أُقْطِعَ عمارة الثاني له بعد تركه إياها ومغيبه عنه لما يظهر في ذلك من الرضا بتسليم حقه فيه لا ترك حيازته إياه بالعمارة كما ظن بعض أهل النظر، ولو كان الإقطاع يفتقر إلى حيازة لوجب أن يراعى في ذلك موت المقطع، وذلك ما لا يصح بوجه من الوجوه إذ لم يقطع ماله فيحتاج إلى أن يحاز عنه في حياته وصحته، وفي قوله وَارْفَعْ ذلك إلى السلطان مع أنه قد رأى أمره ضعيفاً دليل على القول بتصويب المجتهدين، لأن المعنى في قوله وَارْفَعْ ذلك إلى السلطان فعساه سيرى أمرك قريباً فيقضي لك به بخلاف ما أراه، فلولا أنه يراه إن فعل ذلك باجتهاده مصيباً وإن كان خلاف ما يراه هو باجتهاده لما ساغ له أن يأمره بالرفع إليه لئلا يخطىء فيقضي له بخلاف الحقّ عنده، وهذا نحو قوله في الأقضية من المدونة في الذي يرى خطه في ذكر حقّ ولا يذكر الشهادة أنه يؤديها وإن كانت لا تنفع عنده، وبالله التوفيق.

وسئل عن قول الله عزّ وجل: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً بِقَدَرٍ فَأَسْكَنَّاهُ فِي الْأَرْضِ وَإِنَّا عَلَى ذَهَابٍ بِهِ لَقَادِرُونَ﴾[المؤمنون: ١٨] أهو الخريف فيما بلغك؟ فقال: لا والله بل هذا في الخريف والشتاء في كل شيء ينزل الله من السماء ماء إذا شاء ثم هو على ذهاب به لقادر.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إن ذلك في كل زمن من الأزمان لا يخص ذلك بالخريف دون غيره لأنه ظاهر من عموم اللفظ وموجود بالمعنى، لأن الماء الذي ينزل من السماء في كل زمان يستقر بالأرض، فمنه ماء العيون والأنهار والآبار، ولو شاء الله لأذهبه فهلك الناس جهداً وعطشاً وجوعاً، إذ لا نبات ولا حياة إلا بالماء، قال الله عزّ وجل: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾[الأنبياء: ٣٠] ولا وجه لمن خصص ذلك بالخريف دون غيره من الأزمان، ولعل الذي قال ذلك تأول أن الماء الذي ينزل بالخريف جلّ المنفعة به إسكانه في الأرض للشرب والسقي عند الحاجة إليه إذ لا يحتاج أكثر الأرض في ذلك الوقت إلى سقي إذ ليس بوقت سقي زرع، وليس ذلك بصحيح، بل ما ينزل من السماء في كل زمان يستقر بالأرض لمنافع الناس، فجميع مياه الأرض من السماء، ويروى أن في الأرض أربعة أنهار من الجنة، وهي النيل والفرات وسيحان وجيحان، والجنة في السماء، وقد قيل: إن الماء الذي أخبر الله أنه أنزله من السماء فأسكنه في الأرض هو ماء الأربعة الأنهار التي ورد الخبر فيها أنها من الجنة، وأن المطر النازل في الأرض إنما هو من البحر بدليل قول النبي صلى الله عليه

وسلم: " إِذَا نَشَأَتْ بَحْرِيَّةً ثُمَّ تَشَاءَمَتْ فَتِلْكَ عَيْنٌ غُدَيْقَةٌ " وبدليل قول أبي ذُؤَيب الهُذَلي:

شَرِبْنَ بِمَاءِ الْبَحْرِثُمَّ تَرَفَّعَتْ مَتَى لُجَجٍ خُضْرٍ لَهُنَّ نَئِيجُ

وقد قال بعض أهل التأويل في قول الله عزْ وجل: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾[المائدة: ٩٦] إن طعامه كلُّ ما نبت من الحبوب والثمار لأنه إنما ينبت بما سقاه من ماء البحر، وهو من التأويل البعيد، والصحيح أنه ما حَسَرَ عنه ماء البحر من صيده فمات على الأرض لأن ذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية ابن عباس، وقيل: طعامه ما ملح من صيده، وقال ابن عبد البر: القول بأن ما ينزل من المطر هو ماء السماء من غير البحر هو قول أهل العلم والدين، والذي أقول به إن تصحيح شيء من هذا والقطع عليه من التخرص في علم الغيوب، إذ ليس في ذلك في القرآن ولا في شيء من السنن والآثار نص جلي يوقف عنده، والذي نشاهده ونعلمه بالمعاينة نزول الماء من السحاب، ولا ندري هل تسوقه من بحور الأرض أو من بحور السماء، أو هل يخلقه الله عزْ وجل في السحاب عند نزوله، وكيفما كان فالقدرة فيه عظيمة، والاعتبار به واجب، والشكر لله تعالى على إنعامه به على خلقه لازم، واختلف في قوله في هذه الآية: ﴿بِقَدَرٍ﴾[المؤمنون: ١٨] فروي عن ابن عباس أنه قال: ما عام بأكثر مطراً من عام، ولكن الله تعالى يصرفه حيث يشاء وقرأ: ﴿وَلَقَدْ صَرَّفْنَاهُ بَيْنَهُمْ لِيَذَّكَّرُوا فَأَبَى أَكْثَرُ النَّاسِ إِلَّا كُفُوراً﴾[الفرقان: ٥٠] وقيل: معناه مفترقاً نثراً، وليس بمجتمع صَبًّا، وهو أظهر، والله أعلم.

مسألة:

وسئل عن قوم كانت بينهم بئر يسقون عليها فاقتسموها على مناضح خمسة هكذا، وكل واحد منهم يسقي من منضحته، ثم إن بعضهم انقطع من ناحية منضحته الماء وارتفع تلقاءه التراب فلا يقدر على أن يسقي شيئاً، يرسل الدلو فيخرج ولا ماء فيه، ومنهم من يسقي على حاله، أفيسقي معهم من مناضحهم أم يكفوا حتى يسقوا جميعاً؟ فإنه قد دعا هو إلى ذلك فأبوا عليه وقالوا له: اضرب لنفسك، فقال مالك: إني لا أرى لمثل هذا فيه سنة بينهم جارية، فقيل له: قد اختلف في ذلك، فقال: أرى أصوب ذلك أن يقضى عليهم أن يضربوا في البئر حتى يسقوا جميعاً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه إن لم يكن لهم سنة جارية بينهم من عرف قد عرفوه واستمر العمل عليه عندهم وجب عليهم جميعاً أن ينقوا معه موضع منضحته

حتى يسقي كما يسقون لأن التراب إنما ارتفع تلقاء منضحته من نضحهم جميعاً، فعليهم كنس ما أثره نضحهم من ارتفاع التراب تلفاً منضحة أحدهم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الأول

وسئل عن معدن كان بين رجلين فعطلاه وتركاه أربعة أشهر، ثم جاء أحدهم إلى وَالِي المعدن فسأله أن يقطعه فأقطعه إياه، وأن لأهل المعادن قبلنا سُنَّةً، فقال مالك: كتبت تسأل عن كذا وكذا، ولست أدري ما سنة أهل المعادن التي ذكرت، فإن جاء أحدهما الإمام بعد تركهما إياه فسأله أن يقطعه إياه فأقطعه فإني أرى إن كان شريكه الذي كان معه فيه أولاً مقيماً بالبلد فأقطعه شريكه فتركه يعمل وينظر إن أجابه المعدنُ وأدرك فيه نَيْلاً جاءه وقال: أنا معك فيه كنت لك شريكاً، وإن لم يجب وأَكْدَى فلست منه في شيء فلا أرى ذلك له، وإن كان جاءه حين أقطعه بحداثة ذلك قبل أن يعمل فيه أو بعدما عمل بيسير فأرى أن يدخل معه، وإن كان غائباً حين أقطع صاحبه فأرى المعدن للذي أُقْطِعَهُ ولا أرى للغائب فيه شيئاً، كيف يكون له فيه شيء إذا أقطعه شريكه وهو لو أقطعه غير شريكه لم يكن له فيه شيء كتب به إلى صاحب المعدن.

قال محمد بن رشد: قوله: وسئل عن معدن كان بين رجلين معناه أنه كان بينهما بقطيعة من الإمام لهما، وإقطاع الإمام المعادن ليس على تمليك الأصل، وإنما هو على وجه الانتفاع بالنيل، فللإمام إذا ترك المُقْطَع المعدن الذي أُقْطِعَ إياه أو غاب عنه أن يقطعه غيره، وله إذا طال عمله به وانتفاعه به أن يقطعه سواه وإن لم يتركه إلا أن يقطعه إياه حياته أو إلى أجل فليس له أن يقطعه لغيره حتى يموت أو حتى يحل الأجل، ولم يبين في هذه الرواية إن كان قد طال عملهما في المعدن وانتفاعهما به قبل أن يعطلاه ويتركاه طولاً لو شاء الإمام أن يخرجهما منه جميعاً ويقطعه سواهما كان ذلك له أم لا، فقوله إذا أقطعه أحدهما وشريكه حاضر فجاء بحدثان ذلك أن له الدخول معه معناه عندي بعد يمينه أنه ما ترك حقه فيه إن كان لم يطل عملهما فيه وانتفاعهما به لأنه إذا لم يطل عملهما فيه وانتفاعهما به فليس للإمام أن يخرجهما منه ولا أحدهما إلا برضاه، ولو كان قد طال عملهما فيه وانتفاعهما به لما كان له الدخول معه وإن جاء بحدثان ذلك، إذ للإمام أن يخرجه منه ويقطعه لغيره شاء أو أبى، وإنما يكون للإمام إذا غاب الذي أقطعه المعدن أن يقطعه لغيره في الغيبة البعيدة، وأما إذا سافر كما يسافر الناس فلا، هذا الذي ينبغي أن تتأول الروايات عليه، واختلف إذا مات على ما مضى تحصيل القول فيه في سماع يحيى من كتاب الزكاة.

مسألة:

قال: ولا تباع مياه المواشي وقال وإنما يشرب بها ويشرب بها أبناء السبيل ولا يمنع من أحد، قيل: فهل يصلح فيها عطاء؟ قال: لا.

قال الإمام القاضي: مياه المواشي هي الآبار أو المواجل أو الجباب التي يحفرها الرجل ويصنعها في البراري أو في المهامه لماشيته فيكون أحقّ بما يحتاج إليه لماشيته ويخلى بين الناس وبين الفضل لقول النبي عليه السلام: " لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأَ " فقوله في هذه الرواية إنما يشرب بها أهلها يريد أهلها وليشرب أبناء السبيل، ولا يمنع أحد ليس على ظاهره في تساوي حقّ أهل الماء وغيرهم فيه، وإنما يريد أنه يشرب بها أهلها ثم يشرب بها أبناء السبيل، فالواو هاهنا على الترتيب لا على التشريك. وقوله: ولا يمنع من أحد يريد لا يمنع الفضل من أحد، فإن تشاح أهل البئر في التبدئة بُدِّىءَ الأقرب فالأقرب إلى حافرها، قَلَّتْ ماشيته أو كثرت، وإن استووا في القرب منه استهموا، فإن اجتمعوا والمارة والماء يقوم بهم كلهم بُدّىء أنفس أهل الماء، ثم أنفس المارة، ثم دواب أهل الماء، ثم دواب المارة، ثم مواشي أهل الماء، ثم مواشي الناس، وبَدَّأَ أشهب دواب المسافرين قبل دواب أهل الماء، وإن لم يقم بهم كلهم وتبدئة أحدهم تجهد الآخرين بُدّىءَ من كان الجهد عليه أكثر بتبدئة صاحبه، فإن استووا في الجهد فقيل: إنهم يَتَوَاسَوْنَ في ذلك، وقيل: يُبَدَّأُ أهل الماء لأنفسهم ودوابهم، وأما إن لم يقم بهم كلهم وخيف على البعض بتبدئة البعض فيأخذ أهل الماء لأنفسهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم، فإن فضل فَضْلٌ أخذ المسافرون لأنفسهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم، فإن فضل فَضْلٌ أخذ أهل الماء لدوابهم قدر ما يذهب الخوف عنهم، فإن فضل فضْلٌ أخذ المسافرون لدوابهم قدر ما يذهب الخوف عنهم، ولا اختلاف في هذا الوجه، والبئر والجب والماجل سواء عند مالك. وذهب المغيرة إلى أن لصاحب الماشية أن يمنع فضله مائه، ووجه قوله أنه صدقه في أنه احتفر لنفسه لا للصدقة من أجل أنه ليس بمعين بخلاف البئر، ولم يصدقه مالك فيه كما لم يصدقه في البئر، ولو أشهد عند حفره للبئر أنه إنما يحفرها لنفسه لا على وجه الصدقة لكان له أن يمنع فضلة مائها، فالرجل فيما بينه وبين الله في فضلة ماء البئر التي احتفرها في المَهَامِهِ لماشيته على ما نواه في حفرها إن كان أراد به الصدقة لم يجز له أن يمنعه وأن يبيعه، وعلى هذا يحمل قوله في المجموعة لا يجوز بيع ذلك، وأن كان احتفرها لنفسه كان له أن يمنعه وأن يبيعه، وعلى هذا يحمل قوله في المدونة أكره بيع ماء بئر الماشية، وقوله

في هذه الرواية لاتباع مياه المواشي معناه لا يباح لأربابها بيعها ولا يصدقون في أنهم احتفروها لأنفسهم، فعلى هذا التأويل تتفق الروايات، وهو أولى من حملها على التعارض، والله الموفق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب العرية

قال عيسى: وسألته عن رجل له ماء يسقي به، وفي الماء فضل يجري على قومٍ تحته في أرضهم فغرس الذي تحته على ذلك الماء غروساً، ثم بدا لهذا الذي له أصل الماء أن يحفر له بركاً يحبسه فيها عنهم، قال: ليس له ذلك أن يحبسه عنهم. قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ليس له أن يحبسه عنهم لوجوه ثلاثة: أحدها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ وَلَا يُمْنَعُ رَهْوُ مَاءٍ " لأن من أهل العلم من حمله على عمومه في جميع المياه كلها كانت متملكة أو غير متملكة فلم يجيزوا لأحد أن يبيع فضلة مائه ولا أن يمنعه بحال، وهو قول يحيى بن يحيى في رسم أول عبد ابتاعه من سماع يحيى بعد هذا، ومنهم من تأوله في الماء يكون بين الشريكين يسقي هذا يوماً وهذا يوماً فيروي أحدهما زرعه أو نخله في بعض يومه، فليس له أن يحبس الماء عن صاحبه بقية يومه، وهو معنى هذه المسألة، فهو في حبسه عنهم على هذا الوجه داخل تحت النهي على كلا التأويلين، والثاني قول النبي عليه السلام: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" لأن من الضرر البَيِّن أن يمنعه ما لا حاجة له به فيضر به فيما لا منفعة له فيه، وقد قيل: إن هذا هو الضرر إذ قد اختلف في الضرر والضرار، فقيل إنهما اسمان لشيء واحد، وهو أن يضر الرجل بأخيه على وجه من الوجوه وإن كان بعضه أشد من بعض، وقيل: إن الضرر هو أن يضر بأخيه فيما له فيه منفعة، والضِّرَار أن يضر به فيما لا منفعة له فيه أو فيما عليه فيه مضرة، وقيل: إن الضرار إنما هو أن يضر بأخيه فيما عليه فيه مضرة فيكون قد أضر بنفسه وبغيره، والضرر ما عدا ذلك بأن يضر به فيما له فيه منفعة أو فيما لا منفعة له فيه، والثالث أنه لما تركه يغرس على فضل مائه فقد تعين له بذلك حقّ فيه فليس له إذا استغنى عنه أن يحبسه عنه ولا أن يبيعه إلى أن يحفر بئراً أو يستنبط عيناً على ما يأتي بعد هذا في رسم البراءة، ويجري هذا على الاختلاف في السكوت هل هو كالإذن أم لا، وأما إن غرس على فضل مائه دون علمه فله أن يبيعه إن وجد له ثمناً ويكون هو أولى بالثمن الذي يبيعه به على ما قاله عيسى بن دينار بعد هذا في رسم البراءة إلَّا على قول من لم يجز

بيع الماء على حال، وليس له أن يحبسه عنه إذا لم يحتج إليه ولا وجد له ثمناً لنهي النبي عليه السلام عن الضرر والضرار وعن منع نقع البئر وَرَهْو الْمَاء، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الماء يكون بين الرجلين يعمل أحدهما ويأبى الآخر، فلما عمل نصف العمل أتاه الذي أبى أن يعمل فقال: أنا أعمل الساعة معك، فإن خرج الماء أعطيتك نصف ما أنفقت، وإلَّا فلا شيء لك، قال: ليس ذلك له، ولا يعمل معه حتى يعطيه نصف ما عمل ويستقبل العمل معه فيما بقي خرج الماء أو لم يخرج.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه إنما كان مخيراً من أول بَيْنَ أن يعمل معه أو يتركه يعمل فيكون أحقّ بالماء إن كان انقطع جميعه أو بما زاد بعمله إن كان، لم ينقطع جميعه حتى يأتيه بنصف ما أنفق، فإذا أبى أن يعمل معه حتى عمل بعض العمل فليس له أن يعود إلى العمل معه حتى يعطيه نصف ما عمل، ألا ترى أنه لو قال له من أول: اعمل نصف العمل وحدك وأنا أعمل معك النصف الباقي فإن خرج الماء أعطيتك نصف ما عملت وحدك وإلَّا لم يكن لك على شيء لم يكن ذلك له إلَّا برضاه، فكذلك إذا أراد أن يعمل معه بعد أن عمل وحده نصف العمل لما يكن ذلك له إلَّا أن يعطيه نصف ما عمل، وهذا بَيِّنٌ إن شاء الله عزل وجل وبه التوفيق.

ومن كتاب الثمرة

وسئل ابن القاسم عن الرجل توقعت الأرض في جنانه عن عرق من أصل الشجرة في جنان آخر لمن يكون ذلك العرق؟ قال ابن القاسم: إن كان فيه لصاحب الشجرة منفعة إن قلعه غرسه في مكان آخر فذلك له أن يفعله، وإن كان ليس له فيه منفعة ولا عليه فيه مضرة فهو لصاحب الأرض إلَّا أن يكون قد بلغ فهو إن قلع كان له ثمن لخشبه أو حطب فإنه إن كان كذلك كان له، على صاحب الأرض ثمنه مقلوعاً، قال عيسى: إلَّا أن يكون إقراره بحاله مضراً بأصل الشجرة التي هو منها فلا يكون ذلك له إلَّا برضا من صاحب الشجرة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، وقول عيسى تفسير لقول ابن القاسم وتتميم له، قال ابن القاسم في المجموعة إلَّا أن يشاء الذي ظهرت في أرضه أن يقطع عروقها المتصلة بشجر الأول حتى لا يضر بها ويعطيه قيمتها مقلوعة فذلك له، وهو أيضاً تفسير لقول عيسى بن دينار وتتميم له، فالمسألة كلها بينة صحيحة ليس فيها اختلاف ولا كلام، ومن حقه أن يقطع عروقها المتصلة بها وإن أضر ذلك بالشجرة التي

هي منها لأن له أن يقطع ما دخل في أرضه من عروق شجر غيره كما له أن يقطع ما دخل في هواه من أغصان شجر غيره.

ومن كتاب أوله رجل شهد على شهادة ميت

وعن رحى بين ورثة قد خربت فيقول الورثة لرجل منهم اعملها مناصفة فإذا طحنت فلك النصف ولنا النصف، فعملها حتى طحنت، هل يحل له النصف؟ أو يكون له قيمة ما عمل؟ قال ابن القاسم: إن كانوا إنما يريدون نصف الغلة فلا يحل، وهو حرام، وإن كان إنما يريدون أن للعامل نصف الأرض ونصف الرحى فلا باس به إذا كان عمل الرحى محدوداً معلوماً.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف أحفظه في أن المعاملة في الرحى الخربة أو في موضعها من الأرض بجزء منها جائز إذا كان العمل محدوداً معروفاً كالمغارسة في الأرض بجزء منها قياساً على ما جوزته السنة من المساقاة، وليست بإجارة منفردة ولا بِجُعْلٍ منفردٍ، وإنما هي سنة على حِيَالِهَا وأصل في نفسها أخذت بشبهة من الإجارة والجُعْل فهي تشبه الإجارة في لزومها بالعقد، وتشبه الجُعْلَ في أنه العامل لا يجب له شيء حتى تطحن الرحى، فإن تلف البنيان قبل ذلك بهدم أو غيره حتى لم يبق منه شيء كانت مصيبته منه، ولم يكن من حقه أن يعيده ثانية، ولا لرب الأصل أن يلزمه ذلك، وإن كان بقي منه شيء كان من حقه أن يعيده ثانية، ولم يكن لرب الأرض أن يلزمه ذلك إن أباه، ولا اختلاف أيضاً أحفظه في أن المعاملة على بناء الرحى الخربة بجزء من الغلة دون الأصل لا تجوز ولا تحل لأنه غرر، إذ قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، فإن وقع ذلك وأدرك قبل العمل فسخ، وإن لم يعثر على ذلك إلَّا بعد العمل كان للعامل أجرة مثله فيما عمل، وكان عليه ردُّ ما اغتلَّ، وبالله التوفيق.

ومن كتاب النسمة

وسئل ابن وهب عن القوم يكون لهم مرج يزرعون فيه، وللمرج وَادٍ فإذا كانت السيول سقاء مرضهم دان ذلك الوادي انصرف عن مرضهم إلى مرج غيرهم فهل يحل، لهم أن يسدوا مصرف الوادي عن مرج الآخرين حتى يرجع إليهم؟ قال: إن كان الماء دخل أرضهم قبل أن ينصرف فهم أولى به حتى يسقوا به ما عندهم ثم يسرحوا الفضل إلى إخوانهم حتى يسقوا ما عندهم، وإن كان الماء إنما انصرف عنهم قبل أن يدخل شيئاً من أرضهم فلا أرى لهم أن يقطعوه عن إخوانهم إلَّا أن يكون فيه سعة لهم جميعاً

لأن الماء غيث يسوقه الله إلى مَن يشاء، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ صَرَّفْنَاهُ بَيْنَهُمْ لِيَذَّكَّرُوا﴾[الفرقان: ٥٠] يريد المطر، فإذا صرفه الله إلى قوم فلا ينبغي لأحد أن يقطعه دونهم إلَّا أن يكون ذلك الماء وقع في أرضهم فهم أولى به حتى يسقوا ما عندهم، فيما أن ينقلوه من مكان بعيد فيصرفوه إليهم دون من هو أقرب إليه منهم فلا، قال ابن القاسم مثله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة، والأصل فيها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في سَيْلِ مَهْزور ومُذَيْنِب: " يُمْسِكُ الأعْلَى إلَى الْكَعْبَيْن، ثُمَّ يُرْسِلُ الأعْلَى إلَى الأسْفَلِ " لأنهما واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر، فقوله في هذه الرواية فهم أولى به حتى يسقوا ما عندهم يريد والحد في ذلك أن يبلغ الماء في مرضهم إلى الكعبين على ما جاء في الحديث، وقد اختلف إذا بلغت الماء إلى الكعبين هل يرسله كله إلى من تحته أو لا يرسل إليه منه إذَا ما زاد على الكعبين؟ فقال ابن القاسم: يرسل جميعه، وقال مطرف وابن الماجشون: لا يرسل منه إلَّا ما زاد على الكعبين، وهو الأظهر، وروى علي بن زياد عن مالك أن معنى الحديث أن يجري الأول الذي هو أقرب إلى الماء من الماء في ساقيته إلى حائطه بقدر ما يكون الماء في الساقية إلى حدّ الكعبين حتى يروى حائطه، ثم يفعل الذي يليه كذلك ما بقي من الماء شيء، قال: وهذه السنة فيهما وفيما يشبههما مما لا حقّ فيه لأحد بعينه أن الأول أحقّ بالتَّبْدِئَة، ثم الذي يليه إلى آخرهما رجلاً، ويحتمل عندي أن يكون بمعنى رواية علي بن زياد هذه إذا كان ماء الوادي كثيراً فوق قدر ما يتأتى السقي به، فيأخذ منه الأول المقدار الذي وصفه فيسقي به حائطه ما احتاج إلى السقي به، ثم الذي بعده من بقية ماء الوادي كذلك، ثم الذي بعده من بقية ماء الوادي كذلك ثم الذي بعده من بقية ماء الوادي كذلك أيضاً إلى أن يتم الماء، وأن يكون معنى رواية من سواه إذا لم يكن في ماء الوادي فضل عمَّا يسقى به واحد بعد واحد فلا تكون رواية علي بن زياد عن مالك على هذا التأويل مخالفة لما تقدم، والله أعلم. والأظهر أنه اختلاف من القول في صفة قسم الماء بين الأعلى ومن تحته إذا كان الماء كثيراً، فعلى المشهور يرسل الأعلى جميع الماء في حائطه حتى ينتهي فيه إلى الكعبين، ثم يرسله إلَّا من تحته فيمسكه أيضاً في حائطه حتى ينتهي إلى الكعبين، ثم يرسله إلى من تحته هكذا أبداً ما لم يحتج الأول الأعلى إلى إعادة السقي ثانية فيكون أحقّ به، ثم الذي تحته، ثم الذي تحته كالسقية الأولى، ما لم يحتج الأول الأعلى أيضاً إلى إعادة السقي ثالثة فيكون أحقّ به، ثم الذي

تحته ثم الذي تحته كالسقية فيها، فإذا نالوا حاجتهم خلوا بين الناس وبينها يصطادون فيها وبها، وذلك عندي إذا اتفقوا على أن يقروها ولا يقلعوها وتشاحوا في الصيد فيها فأراد أربابها أن ينفردوا بالصيد فيها دون جماعة الناس، وأراد جماعة الناس أن يكونوا معهم شرعا واحدا؛ وأما إن أراد جماعة الناس أن يجبروهم على القلع فذلك لهم، وإن أرادوا هم أن يقلعوا مصايدهم فذلك لهم إلا أن يعطوهم قيمتها مقلوعة، وهذا بين إذا كانوا عملوا المصايد في موضع لا شبهة لهم في عمله فيه، وأما إن كانوا عملوها من النهر في موضع يليه أرضهم من الناحيتين فيتخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أنهم لا يعذرون بالجهل في ذلك، ويكون الحكم فيه على ما تقدم.

والثاني: أنهم يعذرون بالجهل في ذلك، ولا يكون للناس أن يأخذوها منهم بقيمتها مقلوعة إلا بعد أن يستغلوا منها قيمة نفقتهم فيها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل ابتنى ضحى فأخرج طرف سده في أرض جاره على أن يطحن طعامه فيها في كل شهر مديا؟

فقال: هذا جائز.

قلت له: أرأيت إن لم يوقت الطعام؟

قال: لا يجوز.

قيل له: فإذا وقع؟

قال: يعطى صاحب الأرض قيمة ما ترك له من نصف الماء وإخراج السد في أرضه، ويكون عليه لصاحب الرحى أجرة ما طحن له على هذا الشرط إذا كان إنما تركه يبني ويخرج سده في أرضه على أن يطحن له، ولولا ذلك لمنعه من ذلك ولسأل أن يقاسمه الماء؛ لأن له نصفه وللعامل نصفه.

قيل له: أرأيت لو باع صاحب الرحى رحاه قبل أن يفسخ هذا الشرط، واشترط على المشتري أن يحمل شرط صاحب الأرض أو علم المشتري بذلك فاشترى ولم يشترط عليه لعلمه بذلك؟

قال: إذن فسخ شراؤه ويكون العمل بين مبتني الرحى وصاحب الأرض على ما فسرت لك إلا أن تفوت الرحى فتلزمه القيمة.

قلت: فلو لم يعلم المشتري بذلك ولم يشترطه؟

قال: إذن يكون البيع جائزا، ويكون العمل بين المباني وصاحب الأرض في ذلك

كله كما فسرت لك.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي أخرج طرف سد رحاه في أرض جاره على أن يطحن له فيها طعامه كل شهر مديا: إن ذلك جائز معناه: إذا ضرب لذلك أجلا؛ لأنه إذا لم يضرب لذلك أجلا لم يجز لأنه مجهول، ويدخل في ذلك اختلاف بالمعنى على ما سنذكره، وأما إذا لم يوقت ما يطحن له من الطعام في كل شهر ففي ذلك اختلاف بالمعنى يجوز على ما حكاه ابن حبيب عن مالك، وأصحابه من أنه يجوز أن يواجه الرجل صاحب الحمام على ما احتاج إليه هو وعيا من النورة ودخول الحمام سنة، وأن يواجه الخياط على خياطة ما احتاج إليه هو وأهله من الثياب سنة، وأن يواجه الفران على طبخ ما احتاج إليه هو وأهله من الخبز سنة، أو على طحين ما يحتاج إليه هو وأهله سنة إذا عرف الفران والخياط والطحان وصاحب الحمام ناحية عياله وما يحتاجون إليه مما عولوا عليه، ولا يجوز على مذهب ابن القاسم في المدونة في أنه لا يجوز شيء من ذلك إلا أن يشترط منه أمرا معروفا، فقول عيسى بن دينار في هذه المسألة على قياس قول ابن القاسم في المدونة؛ لأن معنى قوله فيها على أن يطحن له فيها طعامه أو ما يحتاج إليه لنفقته ونفقة عياله، فإذا وقع ذلك على الجهل في أحد الطرفين أو في كليهما على مذهبه، وقياس ما في المدونة فهو عقد فاسد يجب فسخه إلا أن يفوت فيصحح بالقيمة، وفواته يكون بإنفاذ السن إلى أرضه فلذلك قال: إنه يعطى صاحب الأرض قيمة ما ترك له من نصف الماء وإخراج السد في أرضه، ويكون له على صاحب الرحى أجرة ما طحن له على هذا الشرط؛ لأن هذا هو وجه تصحيح عقدهما بالقيمة لفواته، فإذا باع صاحب الرحى رحاه قبل أن يفسخ الشرط واشترط على المشتري ما كان اشترط عليه صاحب الأرض أو علم بذلك المشتري ودخل عليه كان بيعا فاسدا، فإن فات بما يفوت به البيع الفاسد صحح بالقيمة وصحح ما كان انعقد بين البائع وصاحب الأرض بالقيمة أيضاً على ما تقدم، وإن لم يفت ردّ وكان العمل بين البائع وصاحب الأرض على ما تقدم، وكان لم يعلم المشتري بذلك ولا شرط عليه حمل الشرط كان البيع جائزا، وكان العمل بين صاحب الرحى وصاحب الأرض على ما تقدم، فالمسألة كلها صحيحة بينة لا إشكال فيها، وقد اختلفت في المعاملة على هذا فقيل: إنها بمعنى الارتفاع، ولا يكون الثمن في ذلك إلا معلوما، فإن انهدم السد كان صاحب الرحى بالخيار بين أن يعيده أو يترك إعادته فيرجع موضعه من الأرض إلى ربه وقد وجب له الثمن المسمى على كل حال يستوفي بقيته منه إن كان لم يستوفه،

وهو قول ابن الماجشون، والقياس على هذا القول: أن يجوز إخراج طرف سد رحاه في أرض جاره على أن يطحن له فيها كل شهر مديا أو ما يحتاج إليه على القول بأنه لا يحتاج إلى توقيت الطعام إذا عرف ناحية عياله ما كانت الرحى قائمة طاحنة من غير أن يضرب لذلك أجلا، وقيل: إنها بمعنى البيع في جميع وجوهه، فيكون موضع السد من الأرض لصاحب الرحى بما سمى له من الثمن على كل حال لا يرجع إلى صاحبه على حال، وهو قول مطرف، وأصبغ، فعلى هذا القول لا بد من تسمية الأجل على كل حال لا يدخل في ذلك اختلاف، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عيسى عن رجل ابتنى رحى فأخرج طرف سده في أرض قوم فجعل لهم أياما معلومة من الشهر في الرحى على أن أسلموا له إخراج طرف سده في أرضهم؟

فقال: إن كان جعلهم شركاء في الرحى بعد أن تتم بقدر تلك الأيام من الشهر وشرطوا للرجل عملا موصوفا ثم يكونون فيه شركاء من الغلة ثم يكون عليهم من إصلاحها إذا خربت والقيام بها مثل ما لهم منها من تلك الأيام فذلك جائز، وإن كان إنما لهم غلتها تلقى الأيام فقط، ولا شيء لهم من أصل الرحى فلا خير فيه، فإذا فات ذلك بإخراج السد فيه فلهم قيمة أرضهم وعليهم أن يردوا ما أخذوا من الغلة.

قال الإمام القاضي: هذا بين على ما قال؛ إذ ليس لمن له إحدى ضفتي النهر أن يبني فيها رحى وينفذ سده إلى برية غيره الذي له الضفة الأخرى إلها بإذنه ورضاه، فإذا أذن له في ذلك على أن يكون له شرك في أصل الرحى بجزء من الأجزاء يتفقان عليه من نصف أو ثلث أو ربع، أو أقل أو أكثر فذلك جائز إذا تواصفا بنيان الرحى؛ لأنه قد باع منه نصف الماء وموضع إخراج السد في أرضه بالجزء من أصل الرحى مبنية؛ فلا بد أن يكون البناء موصوفا معلوما، ولا يجوز أن يأذن له في ذلك على أن يكون له أيام من الشهر من غلتها دون أن يكون له مقدار ذلك من أصلها لأنه غرر، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر [1]، وقد مضى القول في المسألة التي قبلها إذا أذن

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٧٩١، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١١٤٨، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٢٩٣٦، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٤٤٦٦، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢١٨٥، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٤٧٣، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٦٨، وأخرجه =

له في ذلك على أن يطحن له فيها كل شهر كذا وكذا فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عيسى عن ساقية بين قوم أعلين وأسفلين، فللأعلين نصفها يسقون بها يومين ثم يسرحون ذلك الماء إلى الأسفلين فيسقون بها يومين، فهذا فعلهم ما احتاجوا إلى السقي، فإن استغنوا سرحوا الماء إلى الأسفلين حتى يقع في النهر الأعظم فأنشأ الأسفلين على الساقية رحى فطحنت زمانا في غير أيام السقي، ثم أراد الأعلون إنشاء رحى عندهم، وذلك يضر برحى الأسفلين فأرادوا دفعهم وادعوا بأنهم سبقوهم إلى العمل؟

فقال: إن كان أراد الأعلون إنشاء رحى عندهم أنشأوها إن أحبو ثم اقتسموا الماء كله كما كانوا يقتسمون يومين يومين، فإذا كان يوم الأعلين طحنوا فيها وسقوا وصنعوا بمائهم ما شاؤوا ثم أرسلوا على الأسفلين فطحنوا في يوميهم أيضاً وسقوا وصنعوا ما شاؤوا، قال: وإن أراد الأعلون أو الأسفلين قسمة الساقية بنصفين، وكره ذلك الآخرون لم يكن لهم أن يقتسموها إلا باجتماعهم؛ لأن في ذلك ضررا عليهم لأنه يصير عليهم ما كانوا يسقون به في يومين لا يسقون به إلا في أربعة فيكثر عناؤهم ويضر ذلك بهم.

=

أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٦١٣٤، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥٠٥٩، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٧٥٩٠، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٥٨٢، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٤٩٢، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٨٩٧، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٢٤٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢٩٠٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٦٩٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٢٨٣، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٠٨٣، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ١٩٨٩٠، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٢٣، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٢١٨٧، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٠٥، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ٨٦، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٨٠٤، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٧٤١، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٣٨٤، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٢٢٦.

قال الإمام القاضي: المعنى في هذه المسألة: أن الأعلين أرادوا أن يعملوا على ذلك الماء رحى في حقهم وأرضهم على غير الساقية التي يمر عليها الماء إلى الأسفلين أو عليها بعينها على صفة لا يمكن الأسفلين السقي ولا الطحن بما يصل إليهم من الماء حتى يغلقوا رحاهم ويردوا الماء على ساقيته القديمة أو على حالته الأولى أو يمكنهم ذلك بنقص يدخل عليهم فيه، ولهذا قال: إن الأسفلين إذا سبقوا إلى العمل كان للأعلين أن يعملوا فيقتسموا الماء على ما كانوا يقتسمونه عليه، فإذا كان يوم سقيهم صنعوا بمائهم ما شاؤوا من سقي أو طحن، إذا كان يوم الأسفلين عقلوه رحاهم وصرفوا الماء على ساقيته أو حالته إلى الأسفلين فصنعوا به ما شاؤوا أيضاً من سقي أو طحن؛ لأن الضرر يرتفع عن الأسفلين بهذا في حقوقهم، ولو لم يرتفع الضرر به عنهم في حقهم لمنعوا من إنشاء الرحى جملة، ولو أراد الأعلون أن ينشؤوا في حقهم رحى على هذه الصفة فيطحنوا فيها أيام سقيهم وأيام استغناء الأسفلين عن السقي ابتداء قبل أن ينشاء الأسفلين رحى في أرضهم لكان ذلك لهم على قياس هذه الرواية، ولم يكن ذلك لهم على ما حكى ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون، وأصبغ قالوا: إن الأشياء تتقادم والعلم يدرس فيصير ذلك استحقاقا لهم على الأسفلين وحقا لهم دونهم ولا حجة للأعلين على الأسفلين في إنشاء رحى على ذلك الماء في حقهم بحال؛ لأنهم لا يملكون من الماء ومن استحقاقه إلا ما يأتيهم من الأعلين من شرب يومهم، وهذه المسألة لا تخلو من سبعة أوجه: أحدها: أن يكون كل واحد منهما من الأعلى والأسفل إن أنشأ رحى على الساقية في حقه طحنا جميعا معا في غير أيام السقي ولم يضر أحدهما بصاحبه في نقص طحن ولا غير ذلك، فهذا لمن شاء منهما أن ينشئ ضحى في حقه فيطحن فيها في غير أيام السقي ولا كلام لصاحبه كان الأعلى أو الأسفل لأنه يقدر أن ينشئ رحى في حقه متى شاء فيطحنا جميعا من غير أن يضر أحدهما بصاحبه.

والثاني: أن يكون كل واحد منهما من الأعلى والأسفل إن أنشأ رحى في حقه لم يمكن صاحبه أن ينشئ رحى في حقه فيمكنه الطحن فيها إلا بهدم الرحى الأولى، فهذا ليس لأحدهما أن ينشأ رحى في حقه إلا بإذن صاحبه ورضاه، فإن بدر وبنى كان لصاحبه أن يهدمها عليه إلا أن يتراضيا على شيء يجوز بينهما.

والثالث: أن يكون كل واحد منهما من الأعلى والأسفل إن أنشأ رحى في حقه لم يمكن صاحبه أن ينشئ رحى في حقه فيمكنه الطحن فيها إلا بقطع الماء عن الرحى

الأولى، وتعطيل الطحن فيها، فهذا لمن شاء منهما أن ينشئ رحى في حقه فيطحن فيها في غير أيام السقي ما لم ينشائ صاحبه رحى في حقه، فإن أنشأ رحى في حقه اقتسما الماء على حقهما يومين يومين أو أقل أو أكثر فيطحن كل واحد منهما في حقه ثم يقطع الماء عن رحاه ويعطلها حتى يطحن صاحبه في حقه هكذا أبدا.

والرابع: أن يكون إن أنشأ الأعلى رحى في حقه أضر ذلك برحى الأسفل إلا أن يقطع الماء عن رحاه ويعطلها، وإن أنشأ الأسفل رحى في حقه لم يضر ذلك بالأعلى، فهذا هو الوجه الذي تكلم عليه عيسى بن دينار في هذه الرواية، وقد مضى القول عليه.

والخامس عكس هذا الوجه الرابع، وهو: إن أنشأ الأعلى رحى في حقه لم يضر ذلك بالأسفل، وإن أنشأ الأسفل رحى في حقه أضر ذلك بالأعلى إلا أن يقطع الماء عن رحاه ويعطلها، والجواب فيه عكس الجواب في الوجه الرابع إلا أنه لا يدخل فيه قول مطرف، وابن الماجشون، وأصبغ.

والسادس: أن يكون إن أحدث الأعلى في حقه رحى لم يمكن الأسفل أن يحدث في حقه رحى فيمكنه الطحن فيها إلا بعد هدم رحى الأعلى، وإن أحدث الأسفل في حقه رحى لم يضر ذلك بالأعلى، وهذا ليس للأعلى أن يحدث في حقه رحى ابتداء، ولا بعد أن أحدث الأسفل إلا بإذنه ورضاه، وللأسفل أن يحدث في حقه رحى يطحن فيها في غير أيام السقي ولا كلام للأعلى في ذلك.

والسابع عكس هذا الوجه السادس، وهو: إن أحدث الأعلى رحى في حقه لم يضر ذلك بالأسفل، وأن يحدث الأسفل في حقه رحى لم يمكن الأعلى أن يحدث في حقه رحى فينتفع بالطحن فيها، والجواب فيه عكس الجواب في الوجه السادس ليس للأسفل أن يحدث في حقه رحى ابتداء ولا بعد إحداث الأعلى، والأعلى أن يحدث في حقه رحى فيطحن فيها في غير أيام السقي ولا كلام للأسفل في ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن نهر إلى جانب قرية يبس من ناحيته من نواحيه شيء حتى صار أريضا يعتمل لمن يكون ذلك؟ قال لصاحب الأرض الذي يلي النهر من الناحية التي يبست إن كانت تلك الأرض لرجل، وإن كانت بور القوم فهي بسبيل البور؟

قال: ولو كان النهر مال إلى ناحية عن مجراه فصار مجراه في أرض لرجل كان يليه بأرضه فإن الأرض التي انكشف عنها الماء بين الرجلين اللذين كانا يليان النهر

بأرضيهما من جانبيه؟

قال سحنون: أرى مجرى النهر مواتا لا يكون لمن يليه بأرضه إلا بقطيعة من الإمام.

قال محمد بن رشد: المعنى في قول عيسى بن دينار: أنه حكم بموضع النهر لمن كان يليه من جانبيه لما كان الماء من حقهما أن ينشئ عليه رحى دون غيرهما، فإذا يبس شيء من ناحية من نواحيه حتى صار أرضا يعتمل، فهو لمن كان يليه بأرضه من تلك الناحية ما بينه وبين النصف، فإن يبس منه أكثر من النصف كان ما زاد على النصف لمن يلي النهر من الجهة الأخرى كما أنه إذا مال عن مجراه يكون الموضع الذي مال عنه بين الرجلين اللذين كانا يليانه بأرضيهما، ويكون للذي صار النهر في أرضه أن ينشئ عليه رحا دون غيره، وهو مذهب ابن الماجشون، حكى ذلك ابن حبيب عنه، وحكى عنه مطرف، وأصبغ مثل قول سحنون: أن مجرى النهر موات لا يكون لأحد إلا بقطيعة من الإمام يبست ناحية منه أو يبس النهر كله أو تحول عند مجراه إلى مجرى آخر، قال: لأن الأنهار التي لم ينشئها الناس ليست ملكا لأحد، وإنما هي طريق للمسلمين فمواضعها فيء لجميع المسلمين لا يستحقها من كان يلي النهر من جهته بمالهما من الحقّ في إنشاء الأرحام عليها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عيسى عن قول مالك: إذا كانت لرجل أرض فلا بأس أن يمنع كلأها إذا احتاج إليه، وإلا فليخل بين الناس وبينه، وعن قوله: لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضه عامه ذلك ولا يبيعه عامين ولا ثلاثة، وذلك أن يبلغ مرعاه.

قلت: أي خصب هذا الذي أجاز له بيعه؟ وأي خصب الذي أمره إذا لم يحتج إليه أن يخلي بين الناس وبينه؟

فقال: أما الخصب الذي يجوز له بيعه ومنع الناس منه احتاج إليه أو لم يحتج فمروجه وحماه، وأما الذي لا يجوز له منعه الناس إلا إذا احتاج إليه فما سوى المروج والحمى من خصب فدادينه وفحوص أرضه وما أشبهها، فإنه لا يجوز له منعها إذا لم يحتج إليه، ويجبر على أن يخلي بين الناس وبينه إلا أن يكون عليه في تخلص الناس إليه بمواشيهم ودوابهم مضرة مثل أن يكون له الفدان فيه الخصيب وحواليه زرع، فإن أرادوا التخلص إليه بالمواشي آخر ذلك بزرعه الذي حواليه، فهذا وما أشبهه يكون له منعه، وإن لم يحتج إلى ذلك الخصب ولا يجبر على أن يخلي بين الناس وبينه لما عليه في ذلك من المضرة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفى في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادة شيء منه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وكتب إلى عيسى في رجل يقال له: مغيرة ابتاع من رجل ماء ملاصقا لأول رجل يقال له: حارث، وكان الماء في داخل بور ابتاعه مغيرة، فقطع عنه الشجر وغرس عليه الثمار حتى أطعمت منذ عشرين سنة أو نحوهما وأغلق عليها بحائط، ثم إن حادثا قام عليه يدعما أنه كان منتفعا بذلك الماء قبل إغلاق مغيرة عليه، وشهدت له بذلك بينة، قال: فكتب إليه: نرى أن لا حقّ لحادث فيما قام به على مغيرة، وأن الحقّ لمغيرة، ولو كان أيضاً أصل ألماء لحادث خالصا دون مغيرة فأغلق عليه مغيرة بحائط وغرس عليه الثمار واجتازه، وما حوله بالعمل والعمران، وحارس شاهد ذلك حتى أتى عليه نحو الذي ذكرت من السنين لكان مغيرة أحقّ به إذا ادعاه ملكا لنفسه وأبطلت دعوى حادث فيه، فكيف والماء فيه داخل البور الذي ابتاعه مغيرة؟ وإنما ثبت لحادث أنه كان منتفعا به قبلما أغلق عليه مغيرة، وليس تستحق مياه الفلوات بالانتفاع بها دون استحقاق أهلها، وقد ترد الماشية مياه غير أهلها وترعى مرعى غير أهلها فيريد أهل الماشية أن يستحقوا ذلك بورود ماشيتهم عليه ورعيها فيه، أفيكون ذلك لهم؟ لا يكون ذلك لهم.

قال محمد بن وشد: هذه مسألة بينة، قوله فيها: إنه لا يستحق حارث أصلا الماء الذي في الحائط الذي ابتاعه مغيرة بما شهد له به بأنه كان منتفعا به قبل إلا يغلق عليه مغيبة بحائط صحيح؛ لأن المياه لا تستحق بالانتفاع بها؛ إذ من حقّ من قرب منها أن ينتفع بما فضل منها بلا ثمن إن لم يجد له صاحبه ثمنا باتفاق، وإن وجد فعلى اختلاف.

وقوله: ولو كان أصل الماء لحارث فأغلق عليه مغيرة وغرس عليه، واجتازه حتى أتى عل يده السنن ما ذكرت لكان مغيرة أحقّ به إذا ادعاه ملكا لنفسه، معناه: إذا ادعاه ملكا لنفسه بأن يقول: اشتريته منه أو وهبه لي أو تصدق تصدق به علي، أو يقول: ورثته عن أبي أو عن فلان لا أدري بأي وجه تصير إلى الذي ورئته عنه، وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدعي شيئا هذا فلا ينتفع به مع الحيازة إذا ثبت أصل الملك لغير، وبالله التوفيق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل كان له موضع رحى فأعطاه رجلا يعمل فيه

رحى على أن يكون للعامل من غلتها غلة يوم وليلة كل جمعة، فعمل الرجل على ذلك وأقام على تلك الحال نحوا من ثلاثين سنة ست، ثم تبين لها أن ذلك لا يصلح، كيف يصحح مثل هذا؟

قال ابن القاسم: تكون الغلة كلها للعامل ويغرم صاحب الأرض كل ما أخذ من غلتها إن كان أخذ طعاما فمكيلة ما أخذ، وإن كان أخذ دنانير أو دراهم غرم ذلك كله، وإن كان لا يعرف مكيلة ما أخذ من الطعام غرس قيمة خرص ذلك كله، ولا يغرم مكيلة الخاص، قال: ويغرم العامل لصاحب الأرض كراء ذلك الموضع لجميع السنين التي انتفع بها فيها.

قلت: وكيف يكون كراؤها؛ وإنما يؤخذ الكراء منه اليوم، أترى أن يقوم كراؤه على أن مستكريه انظر بالكراء ثلاثين سنة؟

فقال: إنما الذين وقع اليوم حكم من الأحكام، ولم يكن فيما مضى كراء مؤخرا فيكون على ما ذكرت، ولكن يقوم الكراء عاما بعام على قدر رغبة الناس فيه أو شهادتهم على حال النقد، وبما كان يجري به مثله عاما بعام.

قلت: ويصنع بالنقض ماذا؟

قال: يقال لصاحب الأصل: إن شئت فأقلع نقضه يرفعه عنك، وإن شئت فأعطه قيمته مقلوعا وتكوين الرحى لك، قال يحيى: لا آخذ بهذا، ولكن يعطى قيمته قائما.

قلت: فإن قال: لم أقلع نقضي، وإنما وضعته على أمر كنت أراه جائزا بيني وبينك، ولم أغصب ولم أظلم، بل تكون لي قيمته صحيحا؟

قال: ليس ذلك كذلك، وليس له إلا أن يقلعه أو يأخذ قيمته مقلوعا إن رضي بذلك صاحب الأصل، ولا يجبر على غرم قيمته مقلوعا إلا أن يشاء.

قلت: فإن كان للعامل في الموضع شرك فأحب أن يقر عمله ويأخذ الغلة كلها حتى يرد عليه قيمة العمل أيكون له أن يقر ذلك ويحتل الرحى؟ أم يجبر على القلع؟

قال: إن كان الموضع ينقسم قيل له: قاسم صاحبك وأقر عملك في حظك واقلع ما صار في حظ شريكك، وإن لم ينقسم قيل لهما: إن اتفقتما على العمل وإلا أجبر صاحبك على البيع ممن يعمل معك إن كره العمل إذا لم ينقسم، فإذا باع ممن يعمل معك وأراد هو العمل غرم لك قيمة ما يصير عليه في حظه من نقضك مقلوعا، ولا يغرم قيمته صحيحا، ويكونان شريكين في الموضع والعمل على قدر حقوقهما في الأصل، بهذا يؤمر الشريك إذا أراد العمل، أو المشتري إذا باع الشريك فكره العمل،

قال يحيى: لا نأخذ بهذا القول، ولا أرى أن يباع عليه.

قال سحنون: إنما جوز هذا البيع لحال الضرر إذا كان البائع لا مال له، ولو كان له مال لما جاز بيعه ممن يبنيه باشتراط، ولكان بيعا مكروها لا يجوز، ولكن يجبر على العمل على ما أحب أو كره، وكذلك الجارية يأذن لها سيدها بالإحرام فتحرم ثم يطؤها إن عليه أن يحجها، فإن قام عليه الغرماء وفلسوه باعوها، وجاز ذلك بحال الضرر ممن يحجها وحط بذلك عن المشتري، فكل ما ضارع هذا الأصل مما يشبهه فإنما جاز بيعه بحال الضرورة، وكذلك البئر تكون بين الرجلين وعليها لقوم حياة فانهارت، فإن من أبى يجبر على البيع أو العمل، وكذلك مسألة الأمة لها الولد الصغير يعتق السيد أحدهما: أنه لا يجوز له بيع الرقيق منهما إلا من فلس أو ضرر فحينئذ يكون ما قال ابن القاسم: تباع ويشترط على المبتاع ألا يفرق بينه وبين أمه، وهذه مثالها في كتبك كثير مما لا يجوز بيعه إلا على الفلس والضرر وبيع السلطان.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت رواية يحيى هذه في نوازل عيسى بن دينار مختصرة، وتكلمنا هناك على بعض وجوهها، ووقعت هاهنا بكمالها، فنتكلم على ما بقي من وجوهها إن شاء الله.

قوله في أول المسألة: وإن كان لا يعرف مكيلة ما أخذ من الطعام غرم قيمة خاص ذلك كله، ولا يغرم مكيلة الخاص معناه: إذا لم يدع واحد منهما معرفة ذلك، وأما إن ادعيا جميعا معرفته واختلفا فيه فالقول قول الغارم العامل، فإن نكل عن اليمين حلف صاحب الأصل وأخذ ما ادعت، وإن ادعى أحدهما معرفة مبلغ ذلك وقال الآخر: لا أدري، فالقول قول من ادعى المعرفة منهما، قيل: مع يمينه، وقيل: بغير يمين على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، وإنما قال: إذا جهلا ذلك أنه لا يغرم مكيلة الخاص وإنما يغرم قيمته؛ لأنه إن أخذ مكيلة الخرص من الطعام دخلت المزابنة؛ إذ لا يدري هل أخذ أقل من حقه من الطعام أو أكثر، فيدخله التفاضل في الصنف الواحد من الطعام مع الغرر والمزابنة، ولو أخذ منه على غير خرص من الطعام ما لا يشك أنه أقل مما اغتل أو أكثر لجاز ذلك لأنه هبة من أحدهما لصاحبه، وكذلك إذا كان الذي امتلأ دراهم لا يعرفان مبلغها أو دنانير لا يعرفان مبلغها الواجب فيه أن يتحرى مبلغ الدنانير فيأخذ منه دراهم فيها نقدا قبل افتراقهما، وأن يتحرى أيضاً مبلغ الدراهم إن كان الذي احتل دراهم، فيأخذ منه فيها دنانير نقدا قبل افتراقهما بصرف يومهما أو بما يتفقان عليه من الصرف، ولا يجوز أن يأخذ من الدنانير ما تحريت به الدنانير ولا من الدراهم ما

تحريت به الدراهم للعلة التي ذكرناها في الطعام إلا أن يأخذ عددا لا يشك أنه أقل من حقه أو أكثر على قياس ما ذكرناه في الطعام، وقال: إن العامل يغرم لصاحب الأصل كراء ذلك الموضع لجميع السنين التي انتفع بها فيها، ولم يبين من أي يوم، ويتخرج ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الكراء يكون عليه من يوم وقعت المعاملة بينهما.

والثاني: أن الكراء يكون عليه من يوم شرع في البنيان.

والثالث: أن الكراء إنما يكون عليه من يوم اغتل على الاختلاف في هذا النوع من الفساد في الممارسة.

وقوله: إن الكراء إنما يقدر بالنقد عاما بعام صحيح لا إشكال فيه؛ لأن ما فات من البيع الفاسد إنما يصحح بالقيمة نقدا يوم الفوات وإن تأخر الحكم عن ذلك، وقد مضى في نوازل عيسى بن دينار توجيه اختلاف ابن القاسم، ويحيى بن يحيى في النقض هل يكون للعامل قيمته قائما أو منقوضا، فلا معنى لإعادته، وإنما يكون له قيمته قائما عند يحيى على ما هو عليه من البلى، يوم الحكم لا يوم عمله، وقد مضى بيان ذلك والقول فيه في أول النوازل المذكورة، وقد ذكرنا هناك في ذلك تحويلين: أحدهما: أن يحط من نفقته قدر ما بين قيمة البناء جديدا أو باليا، والثاني: أن ذلك يرجع إلى أن يكون له في ذلك ما زاد بنيانه في قيمة الرحى على ما هو عليه من البلى، وهذا التأويل أظهر في هذه المسألة، والتأويل الأول أظهر في مسألة النوازل المذكورة، ولم يفت ابن القاسم بحجة فيما اعترض به عليه يحيى بن يحيى بقوله: فإن قال: لم أقلع نقضي، وإنما وضعته على أمر كنت أراه جائزا بيني وبينك ولم أغصب ولم أظلم، بل تكون قيمته لي صحيحا إلى قوله: ليس ذلك كذلك، وقد مضى القول على ذلك مستوفى في النوازل المذكورة فلا معنى لإعادته، وسأله إن كان للعامل في الموقع شرك هل يكون من حقه أن يقر عمله وتكون له الغلة حتى يأتيه شريكه بما يجب عليه من قيمة العمل أم لا؟ فلم يعطه في ذلك جوابا بينا؛ والجواب: أن ذلك ليس له عنده، وإنما الواجب في ذلك على مذهبه في أنه ليس للعامل إلا قيمة عمله منقوضا أن يقسم إن كان ينقسم فيقر ما صارم من عمله في حظه، ويقلع ما صار منه في حظ شريكه إلا أن يشاء شريكه أن يأخذه بقيمته مقلوعا، وإن كان لا ينقسم أجبر الشريك أن يعطيه قيمة حظه من العمل منقوضا ولم يكن له أن يأمره بقلعه؛ إذ لا ينقسم، فإن لم يكن له مال بيع عليه في ذلك حظه من الرحى قائما، ولا يجوز أن يبيع حظه من أصل الرحى على

أن يؤدي المشتري إلى الشريك العامل قيمة حظ البائع منه من النقض منقوضا؛ لأنه غرر إلا أن يكون ذلك بعد معرفتهما بالقيمة، ويختلف إذا أدى الشريك إلى العامل قيمة حظه من العمل منقوضا وأبى أن يعمل معه فيما يستقبل على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يقال له: إما أن تعمل معه وإما أن تبيع ممن يعمل معه بشرط، فإن أبى من الوجهين جميعا فقيل: إنه يجبر على أن يعمل معه إن كان له مال إلا أن يبيع حظه بغير شرط فيقال للمبتاع ما قيل للبائع، وقيل: إنه يجبر على أن يبيع ممن يعمل معه، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وإن لم يكن له مال أجبر على بيع حظه ممن يعمل معه بشرط ألا يبذر فيبيعه بغير شرط قبل أن يباع عليه بالشرط فيقال للمبتاع ما قيل للبائع، وهذا على القول بأن البيع على هذا الشرط جائز، وهو مذهب ما في المدونة، وقول ابن القاسم في هذه الرواية.

والقول الثاني: أن البيع على هذا الشرط لا يجوز، ويجبر على العمل معه إن كان له مال، وإن لم يكن له مال بيع عليه من حظه بقدرها يلزمه من العمل فيما بقي من حظه بعدما بيع عليه منه، وهو قول مالك في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الأقضية.

والقول الثالث: الفرق بين أن يكون له مال أو لا يكون، فإن كان له مال لم يمكن من بيع حظه على هذا الشرط وأجبر على العمل معه، وإن لم يكن له مال مكن من ذلك، وهو قول سحنون: إن البيع على هذا الشرط لا يجوز إلا على حال الضرورة، وهو قول يحيى: لا آخذ بهذا القول، ولا أرى أن يباع عليه معناه: لا آخذ بأن القيمة تكون في ذلك منقوضة على ما تقدم من مذهبه، ولا بأن يكون الحكم في ذلك حكم من استحق من يده ما بناه بشبهة فيكون من حقه إذا أبى أن يعطيه قيمة بنيانه قائما أن يعطيه قيمة الأصل، فإن أبى كانا شريكين فيه؛ لأن ذلك يؤول إلى أن يباع على صاحب الأصل أصله، وأن يباع عليه هو بنيانه، وإنما الذي يكون من حقه للشريك الذي له في الموضع أن يقر عمله فيه، وتكون له الغلة حتى يأتيه شريكه بما يجب عليه من قيمة العمل، ويحتمل أن يريد بقوله: ولا أرى أن يباع عليه إلا أن يكون من حقه إذا أبى شريكه أن يعطيه قيمة بنيانه قائما أن يعطيه هو قيمة الأصل ويكونا فيه شريكين؛ إذ قد قيل ذلك في حكم الاستحقاق، وهذا التأويل أصل من جهة المعنى؛ لأن الفسخ من جهة الفساد شبيه بالاستحقاق، والتأويل الأول أظهر من جهة اللفظ، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن قوم سكنوا قرية لبعضهم فيها أكثر من بعض، وللقرية غامر، فأرادوا أن يخترقوه وينتفعوا بحرثه كيف يقسم بينهم، أعلى قدرها لهم من أصل سهام القرية؟ أم على قدر ما في أيديهم اليوم منها؟ أم على عددهم؟ وعسى أن يكون في القرية من ليس بيده منها إلا مسكنه أو الشيء القليل منها؟

فقال: إن ادعوا الغامر لأصل القرية وبذلك يجاورون جيرانهم من أهل القرى قسم الغامر على أصل سهام القرية على قدر ما لهم في أصل ذلك، ومن لم يكن له من أصل سهام القرية شيء بميراث ولا باشتراك سهم ولا عطية سهم، وإنما اشترى أو أعطي حقولها بأعيانها أو حوزا من الأرض بعينه أو دارا أو مقصلة، أو ما أشبه هذا مما يشترى بعينه ليس ما اشترى سهما من السهام يجاري به في القسمة أهل الميراث فلا حقّ لهؤلاء في الغامر وهو يقسم على كل ذي سهم من أهل الميراث، ومن اشترى أو أعطي شيئا مشاعا فهو يكون به قسيمات على قدر سهامهم، قال: وإن ادعوا الغامر أجمعون لأنفسهم وفيهم وارث وغير وارث ومشتري سهم ومعطاه ومشتري غير سهم فتداعوا فيه كلهم فقال كل واحد: الغامر لي دونكم فإنه يقسم على أهل القرية كلهم إذا تداعوا فيه أجمعون على عددهم كالشيء الذي يتداعى فيه رجلان فلا يستحقه واحد منهما دون صاحبه، فيقسم بينهما بعد أن يحلفا جميعا على ما ادعياه فيه.

قلت له: فالغامر يكون بين عمران قريتين مثل أن تكون قرية في ناحية الشرق وأخرى في ناحية الغرب وبينهما الميل أو الأميال، وفيما بين عمران القريتين ومنتهى ما حرث من مزارعها أرض غامرة فيريد أهل إحدى القريتين حرث ذلك الغامر ويدعونه من حوز أرض قريتهم، ويريد أهل القرية الأخرى مثل ذلك ويدعون مثل دعواهم ولا بينة لهؤلاء ولا لهؤلاء على منتهى حوزهم من الغامر، ولا هل لهم دون أهل القرية الأخرى، فكيف ترى أن يقسم بينهم؟

قال: إن ادعاه هؤلاء لأصل القرية وهؤلاء مثل ذلك قسم بينهم بنصفين، ولا ينظر إلى قلة عمران إحدى القريتين، وإن قل جدا، ولا إلى كثرة عمران الأخرى وإن كثر جدا، ثم يقسم أهل كل قرية نصفهم على سهامهم في قريتهم، وإن ادعوه أجمعون لأنفسهم يدعيه كل واحد منهم له دون صاحبه قاسم بينهم أجمعين.

قلت: فإن كانت القريتان كلتاهما من شق واحد متجاورتين، والغامر أمامهما وتقسمه بينهما نصفين أيضا؟

قال: لا ولكن لأهل كل قريهم ما كان حذاء غامرها من العوامر قل ذلك أو كثر، وهو عندي بمنزلة الفناء يكون حذاء الدارين فإنما يعطى صاحب كل دار من الفناء إذا تداعيا فيه ما كان حذاء بنيان داوه قل ذلك أو كثر.

قال محمد بن رشد: هذه ثلاث مسائل؛ قال في الأولى منها: إن لأهل القرية أن يقتسموا غامر قريتهم على قدر سهامهم فيها إن ادعوه لأصل القرية، أو على عددهم إن ادعاه كل واحد منهم لنفسه بعد أيمانهم، ولم يبين إن كان هذا الغامر داخل القرية أو خارجا عنها، وذلك يختلف؛ أما إذا كان داخل القرية فلا اختلاف في أنه يقسم بينهم على ما قال بالسهمة على وجه قسمة الأرض بين الأتراك لأنه كالساحة للدار ذات البيوت، ألا ترى أنه لا يجوز للإمام إقناعه، قيل: إذا اجتمعوا كلهم على قسمته أو جلهم ورؤساؤهم ومن إليه عماد أمرهم كساحة الدار لا تقسم إلا باجتماعهم على قسمتها، وهو قول أصبغ، وقيل: إنه يقسم بينهم وإن دعا إلى ذلك بعضهم كالأرض بين النفر، وهو الصحيح في النظر المشهور في المذهب المعلوم من مذهب مالك، وعامة أصحابه ابن القاسم وغيره، وأما إذا كان الغامر خارج القرية فاختلف أصحاب مالك في قسمته، ذهب ابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون، وابن نافع في أحد قوليه، ومالك في رواية محمد بن يحيى السباعي عنه إلى: أنه يقسم بينهم على ما يدعونه من أنه من أصل قريتهم، أو على عددهم بعد أيمانهم إن ادعاه كل واحد منهم ملكا لنفسه بالسهمة على وجه القسمة، وذهب ابن وهب، وابن كنانة، وأصبغ، وابن نافع في أحد قوليه إلى أنه لا يقسم وإن اتفقوا على قسمته لما لعامة المسلمين فيه من المرافق باحتطابهم منه ومراعي دوابهم فيه من المارة وغيرهم إلا أن يثبت أنه لهم ومن حيز قريتهم فيقسم بينهم على ما يثبت وقهم فيه بالسهمة أيضاً على وجه القسمة، وعلى قياس هذا القول يأتي ما وقع في كتاب الشهادات من المدونة في قوم ادعوا عفوا من الأرض وأقام هؤلاء بينة وهؤلاء بينة وتكافأت البينتان أنه يكون كسائر عفو بلاد المسلمين؛ إذ لم ير أن يقسموه بينهم بعد أيمانهم إذ تكلفات البينتان.

والمسألة الثانية في الغامر يكون بين قريتين إحداهما في الشرق والثانية في الغرب، أو إحداهما في القبلة والثانية في الجوف يأتي على هذا الاختلاف في جواز قسمته، وكذلك إن كان متوسطا بين قرى كثيرة إلا أنه لا يقسم على مذهب من رأى أن قسمته بالسهمة، وإنما يقسم بالتعديل بالقيمة ويجعل نصيب كل قرية مما يليها ليرتفع الضرر بذلك عنهم بدخول بعضهم على بعض، وهذا القول اختار ابن حبيب، وقال: إنه لا

تحمل الشعراء المجاورة للقرى أو المتوسطة بينها محمل العفا من الأرض الذي هو لعامة المسلمين، ألا ترى أنه ليس للإمام أن يقطع منها أحدا شيئا لأنه حقّ من حقوقهم كالساحة للدار أو للدور، إنما العفا فيما بعد من العمران مما لا تناله ماشيتهم في غدوها ورواحها، فهذا لا حقّ فيه لأحد من أهل القرى التي تجاوره ولا لغيرهم إلا بقطيعة من الإمام إن رأى إقناعه بالناس أرفق من إقراره كما هو على حاله، واعترض الفضل قال ابن حبيب: إنه ليس للإمام أن يقطع شيئان من الشعراء التي تكون بين القرى، قال: وأين يقطع الإمام إلا فيما قرب من العمران، وهذا لا يلزم لأنه إنما أراد أنه ليس للإمام أن يقطع من الشعراء القريبة من القرى جدا لأن إقلاعها ضرر بهم في قطع مرافقهم منها التي كانوا يختصون بها لقربهم منها على ما سنذكره فيما تكلمنا على أول مسألة من رسم الدور والمزارع إن شاء الله عزْ وجل.

والمسألة الثانية في الغامر يكون حذاء قريتين متجاورتين تجري أيضاً على الاختلاف المذكور في جواز القسمة إلا أنها لا تقسم على مذهب من رأى قسمة الغامر بالسهمة ولا بالتعديل بالقيمة، وإنما يكون لكل قرية من الغامر ما كان حذاء غادرها كما قال، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصبرة

قال: وسألته عن الرجل تكون له في أرضه مخاضة نهر فيريد أن ينصب في موضعها رحى، وتلك الرحى تغور المخاضة، أو ينصب الرحى تحتها فيغرق بالمخاضة ويقطعها أيجوز ذلك له؟

فقال: ليس ذلك له أن يحدث رحى ولا غيرها بموضع يجر بذلك العمل ضررا على الناس في المخاضة بقطعها ولا تغييرها ولا أمر يغيرها عن حالها مما يرى أنه ضرر وجر إلى فساد المخفضة التي هي طريق للعامة.

قلت: فإن كانت المخائض منها على قرب مثل الميل أو الميلين أو الغلوة أو الغلوتين أيجوز له أن يرد الناس إلى بعض تلك المخائض فينتفع هو بما أحب أن يضع في أرضه وموضع رحاه؟

فقال: لا يجوز له تحويل الناس عن طريقهم إلى غيرها، ولا يجب للناس منعه مما لا يضربهم، فإن كان يقدر على عمل الرحى ولا يضر ذلك المخفضة ولا يغيرها عن حالها لم يمنع من العمل، قيل له: إن الضرر لا يتبين إلا بعد فراغه من العمل؟

قال: يقال له: إن الذي يريد من العمل يخاف عاقبته، فإن زعمت أنه غير مضر

فاعمل، فإن تبين ضرر عملك أبطلناه عليك ورددنا المخفضة على حالها، فإن شاء أن يعمل عمل على ذلك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إنه ليس له أن يحدث ما يضر بالمخاضة التي هي ممر المسلمين من تغييرها أو تغييرها أو توفيرها، وإن كانت المخائض منها على قرب مثل الميل أو الميلين أو الغلوة أو الغلوتين لما على الناس من المشقة في خروجهم عن طريقهم الغلوة الواحدة، وهي منتهى السهم مائتا ذيل فما زاد على ذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر [1] ولا ضرار "، ولو كانت المخائض على القرب جدا لم يمنع من إحداث الرحى على ما قاله في نوازل أصبغ بعد هذا ليسارة المؤونة على الناس في خروجهم عن طريقهم الشيء اليسير، فلا يمنع من منفعته بما يريد أن يحدثه في أرضه لما ليس فيه كبير مشقة على الناس، والأصل في هذا قول رسول صلى الله عليه وسلم: " إذا اجتمع ضرران ينفي الأصغر الأكبر "؛ لأن منع الرجل من أن يحدث رحى في أرضه ضرر به، ورد الناس عن طريقهم إلى غيرها ضرر بهم، فأي الضررين رأى أنه أصغر؛ أي: أقل ضررا بقي لصاحبه؛ أي: لم يلتفت إليه معه، ولا حدّ في ذلك إلا ما يؤدي إليه الاجتهاد الذي هو أصل في تقييد الأحكام عند عدم النص؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن واليا: " بم تحكم؟ قال: بكتاب الله. قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله. قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد رأي. قال: الحمد لله الذي وفق رسوله لما يرضي رسوله ".

وأما قوله: إن لم يتبين الضرر بالمخاضة إلا بعد العمل فإنه يقال له: اعمل على أنه إن أضر عملك بالمخاضة أبطلناه عليك فهو صحيح، ومعناه: إذا رجعت المخاضة إلى حالها بإبطال عمله، ولو كانت المخفضة لا ترجع إلى حالها بإبطال عمله لوجب أن

---

(١) أخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٣٣٤، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٤٠٩، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٢٧٥٢، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٢٢٨٢، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٨٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٨٨٢٩، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٢٨٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٦٤، وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج حديث رقم: ٢٦٥، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم١٩٥١ :، وأخرجه القاسم بن سلام الهروي في الأموال حديث رقم: ١١٤٤، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٥٥٠، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٢١٤٨.

يمنع من العمل بما يخاف أن يضر كما يمنع بما يوقن أن يضر على قياس قوله هذا، وليس بخلاف لما في سماع حسين بن عاصم بعد هذا في نحو هذا أنه لا يمنع من منافعه الحاضرة لشيء لا يدري أيكون أم لا، وسنتكلم على الفرق بين المسألتين هناك إذا وصلنا إليها إن شاء الله، وبه التوفيق.

ومن كتاب يشتري الدور والمزارع

قال يحيى: قلت لابن القاسم: أرأيت ما قرب للأمصار والمدن من الموات الذي لا يجوز للناس أن يستحيوه إلا بأمر الإمام إذا أقطعه الإمام رجلا أيورث عنه أو يبيعه إن شاء؟

فقال: نعم.

قلت: ويكون أحقّ به وإن لم يعمره؟

فقال: نعم؛ ليست حاله حال المعادن.

قال محمد بن رشد: الموات الذي يستحقه الناس بالإحياء لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " من أحيا أرضا [1] ميتة فهي له "؛ هي الأرض الميتة لا نبات فيها، قال ذلك

(١) أخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٢٦٧٥، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٥٢٦، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٤٠٤، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٤٠٧٤، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥٣١٥، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٥٥٦٧، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٥٨٠، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٩٩٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٨٨١، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٢٦٣، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٧٣٦، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٦٢، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢١٧٧٨، وأخرجه يعقوب بن إبراهيم في الخراج حديث رقم: ٨١، وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج حديث رقم: ٢٢٢، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ١٩٤٩، وأخرجه القاسم بن سلام الهروي في الأموال حديث رقم: ٥٩٧، وأخرجه سريج بن يونس في القضاء حديث رقم: ١٣، وأخرجه ابن زنجويه في الأموال حديث رقم: ٨١٧، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ١٦٤٩، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٣٩٣٨، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٤٠٣١، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٥٥٩، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في =

مالك رحمه الله في رواية ابن غانم عنه؛ بدليل قول الله عزل وجل: ﴿وَاللهُ أَنزَلَ مِنَ السَّمَاء مَاء فَأَحْيَا بِهِ الأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾ [النحل آية ٦٥] فلا يصح الإحياء إلا في البور، والإقطاع يكون في البور والمعمور إلا في معمور أرض العنوة التي الحكم فيها أن تكون موقوفة لا تقسم ولا تملك، فإذا أقطع الإمام أحدا شيئا من الأرض المعمورة فلا كلام في أن المقطع يستحقه بنفس الإقطاع، وكذلك إذا أقطعه شيئا من الموات ليحييه يستحقه بنفس الإقطاع فيورث عنه، ويكون له أن يتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره، إلا أن للإمام أن يأخذه بإحيائه، فإن لم يفعل أو عجز عن ذلك أقطعه سواه؛ إذ ليس له أن يتحجر ما أقطع عن الناس فلا ينتفع به هو ولا سواه، والأصل في ذلك ما روي من: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع لبلال بن الحارث من العقيق ما يصلح للعمل فلم يعمله، فقال عمر بن الخطاب: إن قويت على عمله فاعمله وإلا فأقطعه للناس، فقال له: قد أقطعنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عمر: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترط عليك فيه شرطا، فأقطعه عمر للناس ولم يكن بلال اعتمل شيئا "؛ فإن باعها أو وهبها أو تصدق بها بعد عجزه عن عمارتها قبل أن ينظر الإمام في ذلك نفذ ذلك ومضى؛ لأن الغرض ألا تبقى الأرض محجرة عن الانتفاع بها، والمبتاع والموهوب له والمتصدق عليه يحل محل البائع والواهب، فقوله في الرواية قلت: ويكون أحقّ بها وإن لم يعمرها؟

قال: نعم معناه: أنه أحقّ بها إذا قال: أنا أعمرها، وأما إن قال: لا أعمرها أو عجز عن عمارتها فللإمام أن يقطعها سواه، ولو أحياها سواه بعد أن عجز هو عن عمارتها بغير قطيعة من الإمام لجرى ذلك على الاختلاف فيمن أحيا ما قرب من العمران بغير إذن الإمام هل يمضي ذلك مراعاة للاختلاف في استئذان الإمام في إحياء ما قرب من العمران أو لا يمضي ويخرج عنها ويكون له قيمة بنيانه منقوضا، وأما لو أحياها سواه قبل أن يعجز هو عن عمارتها وهو عالم بذلك لكائن متعديا عليه فيها لأنه قد استوجبها بنفس الإقطاع وإن لم يحزها بالعمارة ولا بالبناء خلاف ما تأول بعض الناس عليه ما وقع في رسم الأقضية الثالثة من سماع أشهب، وليس ذلك بتأويل صحيح حسبما ذكرناه مالك.

وفي قوله: فقال: نعم ليست حالة حال المعادن لما سأله هل يكون أحقّ به وإن لم

=

الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٧٠٢٧

يعمره نظرا لأن الظاهر منه أن المعادن بخلافه في ذلك، وذلك يقتضي ألا يكون الأحق بالمعادن حتى يعمرها، والمعادن لا حقّ له في أصولها وأن عمرها؛ لأن الإقطاع فيها إنما هو في الانتفاع بنيلها لا في أصولها، فإنما تصح المسألة بأن يعاد قوله: ليست حاله حال المعادن على السؤال الأول، وهو سأله عن الموات إذا أقطعه الإمام رجلا أيورث عنه أو يبيعه إن شاء؟ فقال: نعم، لا على المسألة التي بعدها الذي أعاده عليه، وقد مضى في رسم الأقضية الأول من سماع أشهب طرف من القول في حكم إقطاع المعادن، وبقية القول في ذلك في سماع يحيى من كتاب الزكاة، ولو أقطعه أصل المعدن بإفصاح لكان حكمه حكم إقطاع الأرض الموات سواء، ولا البعيد من العمران الذي يكون لمن أحياه دون إذن الإمام ما لم ينته إليه سرح ماشية العمران واحتطاب المجتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم من العمران على ما حكى للداودي في كتمانه من أن النبي صلى الله عليه وسلم، والخلفاء بعده كانوا يقطعون الأرضين التي جلا عنها أهلها بغير قتال ومن عفا الأرض ما لم تنله أخفاف الإبل في المرعى يريد: إذا رجعت إلى المبيت في مواضعها على ما جرت به عادة الرعاة، وقال أبو حنيفة: هو أن يصيح صائح في طرف العمران فلا يسمعه من ذلك المكان، وما ذكرناه من أن الإقطاع لا يكون في المعمور من أرض العنوة هو ظاهر ما وقع في كتاب للداودي، ومثله حكى ابن حبيب عن مالك من رواية ابن القاسم عنه؛ قال: لا أرى للإمام أن يقطع أحدا من أرض العنوة المعمورة شيئا، قال ابن القاسم: وإنما الإقطاع في أرض الموات وفيها الخطط مثل أفنية الفسطاط التي بقرب المصلى وبالموقف إذ كانت فلاة لم يكن فيها إلا الحصن فاختط المسلمون ما كان منها صحراء فنزلوه، وبقي الحصن والعمران لم يكن لأحد، ولم يكن فيه خطط، والخطط لا تكون في المعمور كما فسرت لك عن مالك، وإنما لم يجز أن يأذن الإمام للناس بالاختلاط في قرى العنوة التي لم تقسم أو يقطع أحد منها شيئا؛ لأن عمر بن الخطاب قد أوقفها فيئا لجميع المسلمين ولم يجعلها في المقاسم، ورأيت لخمي أن إقلاعها جائز، وليس ذلك بصحيح طي مذهب مالك، وحكم إحياء الموات يختلف باختلاف مواضعه، وهي على ثلاثة أوجه: بعيد من العمران، وقريب منه لا ضرر على أحد في إحيائه، وقريب منه في إحيائه ضرر على من يختص بالانتفاع به؛ فأما البعيد من العمران فلا يحتاج في إحيائه إلى استئذان الإمام إلا على طريق الاستحباب على ما حكى ابن حبيب عن مطرفا، وابن الماجشون، وأما القريب منه الذي لا ضرر في إحيائه على أحد فلا يجوز إحياؤه

إلا بإذن الإمام على المشهور في المذهب، وقيل: من استئذان الإمام في ذلك مستحب وليس بواجب، واختلف إن وقع ذلك بغير إذن الإمام على القول بأنه لا يجوز إلا بإذنه، فقيل: إنه يمضي مراعاة للخلاف، وهو قول المغيرة، وأصبغ، وأشهب، وقيل: إنه يخرج منه ويكون له قيمة بنيانه منقوضا، وهو القياس، ولو قيل: إنه يكون له قيمته قائما للشبهة في ذلك لكان له وجه، وأما القريب منه الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي يكون أخذ شيء منها ضررا بالطريق وشبه ذلك فلا يجوز إحياؤه بحال، ولا يبح ذلك الإمام، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: أرأيت ما يحجر الرجل من الموات البعيد عن المدائن والإمام حيث يجوز له أن يحييه فيكون أولى به أفيستحقه بالتحجير دون العمل؟

فقال: لا يكون أولى به من أحد حتى يعمل إلا أن يحجر ذلك، وهو يريد أن يعمله إلى الأيام اليسيرة حتى يمكنه العمل ولم يتحجر ذلك ليقطع منفعة الناس ويرجيه لأن يعمل يوما ما.

قلت: فإن تحجر كثيرا وعمل اليسير؟

فقال: هو مثل الذي يتحجر اليسير ويؤخر عمله ينظر فيما يتحجر فإن كان قويا عليه، وإنما أخر عمله لوقت تلين فيه الأرض عليه أو يرخص الأجراء أو ما أشبه ذلك مما يؤخر الناس أعمالهم إليه لمثله من العذر فذلك له، فإن رأى أنه أراد أن يتحجر على الناس ما لا يقوى على عمله فأراد أن يستحق كثير ما تحجر بقليل ما عمل وعمر فليس له إلا عمرانه، ويشرع الناس معه في فضل ذلك، فيكون لمن عمره وقوي على عمله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة حسنة، وفيها اختلاف، حكى ابن حبيب في الواضحة: أن الإمام ينظر فيما تحجر فإن كان به قوة على عمارته من عامه أو ما قرب من عامه مثل السنتين والثلاث خلاه وإياه، وإلا منعه منه وأقطعه غيره، وقد حكى أشهب عن عمر بن الخطاب في ذلك حديثا أنه ضرب له أجلا ثلاث سنين، وقد أنكر ابن القاسم في المدونة أن يكون سمع من مالك في ذلك شيئا، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فلم صار للرجل ما أقطعه الإمام مبتولا له، وإن لم يعمله ولم يكن لمن تحجر أن يستحق شيئا إلا بعمله؟

قال محمد بن رشد: كذا وقعت هذه المسألة دون جواب عما قاله عنه من الفرق بين

المسألتين، والفرق بينهما بيان واضح، ولوضوحه وبيانه أمسك عن جوابه موبخا له على سؤاله عما لا يشكل، وذلك أن الإقطاع حكم من الإمام يستحق به المقطع ما أقطع إياه، والتحجير للموات ليس بإحياء له فيستحقه به؛ إذ لا يستحق الموات إلا بالإحياء، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من أحيا أرضا مواتا [1] فهي له "، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فلم استحق مواتا بعمله ثم تركه حتى صار إلى خراب أليس يكون لمن أحب أن يعمره؟

قال: بلى.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة، وقول سحنون معناه فيما بعد من العمران، وأما ما قرب منه فلا يبطل استحقاقه له بتركه إياه حتى يعود إلى حاله الأول، وقوله عندي صحيح على معنى ما في المدونة من أن ما قرب من العمران ليس لأحد أن يستحييه إلا بقطيعة من الإمام؛ لأن الإمام إذا أقطعه إياه صار بمنزلة ما اختط أو اشترى، وقد نص في المدونة على أنه ما استحق أصله بخطط أو شراء لا يزول ملكه عنه بتركه إياه حتى يعود إلى حالته الأولى، ولو أحيا القريب من العمران بغير إذن الإمام على مذهب من يرى: أن ذلك له لبطل حقه فيه بتركه إياه حتى يعود إلى حاله الأولى؛ إذ لا فرق بين القريب والبعيد على مذهب من لا يرى استئذان الإمام واجبا فيما قرب من العمران ولا فيما بعد منه، وقد روي عن سحنون: أن من أحيا مواتا فلا يخرج عن ملكه بتعطيله إياه، وإن عمره غيره كان الأول أحقّ به، قال ابن عبدوس: قلت له: أولا يشبه الصيد إذا نفذ من صائده؟ قال: لا؛ فيتحصل فيمن أحيا مواتا ثم تركه حتى عاد إلى حالته الأولى فأحياه غيره ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الثاني أحقّ به في القريب والبعيد.

والثاني: أن الأول أحقّ به في القريب والبعيد.

والثالث: الفرق بين القريب والبعيد، ولا أعرف نص خلاف في أن من اشترى مواتا أو اختطه لا يزول ملكه عنه بتركه إياه حتى يعود إلى حالته الأولى، إلا أن الاختلاف

---

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٥٥٦٧، وأخرجه يعقوب بن إبراهيم في الخراج حديث رقم: ٨٠، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٣٤٢٦.

يدخل في ذلك بالمعنى من مسألة الصيد يبد من يد صائده فيستوحش ويصيده غيره؛ إذ قال محمد بن المواز فيه: إن الثاني أحقّ به، ولم يفرق بين أن يكون الأول قد صاده أو ابتاعه، فيلزم مثل هذا في إحياء الموات، ويتحصل فيه أيضاً ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الأول أحقّ به.

والثاني: أن الثاني أحقّ به.

والثالث: الفرق بين أن يكون الأول أحياه أو اختطه أو اشتراه؛ فإن كان أحياه كان الثاني أحقّ به، وإن كان اختطه أو اشتراه كان الأول أحقّ به، ومحمد بن عبد الحكم يرى في الصيد: أن الأول أحقّ به على كل حال، فيأتي فيه أيضاً ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه للأول على كل حال.

والثاني: أنه للثاني على كل حال.

والثالث: الفرق بين أن يكون الأول صاده أو ابتاعه.

وقد يفرق بين الصيد والموات على مذهب محمد بن عبد الحكم بأن الصيد غلب صاحبه على بقائه بيده، والموات لم يغلب صاحبه على ترك عمارته إياه؛ فيتحصل في مجموع المسألتين خمسة أقوال:

أحدها: أن الأول أحقّ من الثاني في الصيد والموات.

والثاني: أن الثاني أحقّ من الأول في الصيد والموات.

والثالث: أن الأول أحقّ بالصيد والموات إن كان اشتراه، وأن الثاني أحقّ بهما إن كان الأول صاد الصيد أو أحيا الموات.

والرابع: الفرق بين الصيد والموات، فيكون الثاني أحقّ بالصيد، والأول أحقّ بالموات وهو الذي يأتي على ما حكاه ابن عبدوس.

والخامس: الفرق بينهما بضد ذلك، فيكون الثاني أحقّ بالموات، والأول أحقّ بالصيد، وإنما يكون الثاني أحقّ بالموات من الأول على قول من يراه أحقّ به منه حسبما بيناه إذا كانت المدة قد طالت بعد أن عاد إلى حالته الأولى، وأما إن أحياه الثاني بحدثان ما عاد إلى حالته الأولى، فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عماراته قائمة؛ لأن له في ذلك شبهة، وإن كان عند معرفة منه بالأول فليس له إلا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول: إنه تركه إياه لم يكن إسلاما منه لحقه فيه، وإنه كان على إعادة عمارته، ولا يصدق إذا طالت المدة أنه لم يسلم حقه فيه، وأنه كان على إعادة عمارته له، وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

قال: وسألته عن مناصب الأرضية أرضية الأنهار أتقسم؟

قال: نعم إذا انقسمت فكان فيما يصير للسهم منتفع، وهو موضع محتمل.

قلت: فإن لم تنقسم وأراد أحد الشريكين أو أحد الورثة العمل وضعف الآخرون ماذا يحكم به على من ضعف منهم عن العمل؟

قال: يخير بين أن يقاومه حتى يحصل لأحدهما، أو يبيع معه إن دعا أحدهما إلى البيع يجبر على أحد الأمرين لا بد.

قلت: أرأيت إن دعا القوي إلى العمل أو إلى المقاومة، ودعا الضعيف إلى البيع، وقال: ضعفت عن العمل فكيف أقوى إن قاومتك على الاشتراك منك أيهما ترى أن يجبر؟ وهل فيها من شفعة إن باع أحدهما وهي مما لا ينقسم؟ قال: يجبر الشريك على البيع إذا دعا على ذلك شريكه وكره العمل والمقاومة كان قويا على العمل أو ضعيفان واجدا للثمن لو قاومه أو معدما، أيهم دعا إلى البيع أجبر له على ذلك شريكه إذا لم ينقسم، فإن باع أحدهما وهي مما لا ينقسم لم يكن له فيه شفعة، قال والحكم بين الشريكين في إجبار أحدهما على البيع في كل ما لا ينقسم من الرقيق والدواب والأمتعة مثل ما وصفت لك من موضع الرحى.

قال محمد بن رشد: المعنى في سؤاله عن مناصب الأرضية هل تقسم إنما هو في منصب الرحى الواحدة الخربة هل تقسم بين النفر المشتركين فيه أم لا؟ وأما مناصب الأرضية ذوات العدد القائمة أو الخربة تكون بين النفر فلا اختلاف فيه ولا إشكال في أنها تقسم بينهم إذا اعتدلت في القسم فصار لكل واحد منهم رحى على حدة، فقوله في منصب الرحى: أنه يقسم إذا كان فيما يصير للسهم منتفع، وهو موضع محتمل معناه: إذا صار لكل واحد منهم بالسهمة من منصب الرحى ما يمكنه أن يعمل فيه رحى، وما أرى ذلك يتفق، فإن اتفق جازت القسمة وحكم بها على مذهبه في الدار الواحدة: أنها تقسم بين النفر إذا صار لكل واحد منهم منها موضع للسكنى، وكذلك الحمام الخرب يقسم بين النفر على مذهبه إذا صار في حظ كل واحد منهم منه ما يمكنه أن يعمل فيه حمامات، ولا يراعى في ذلك على مذهب ابن القاسم نقصان الثمن، وانظر هل يقسم على مذهب ابن القاسم الحمام القائم والرحى القائمة، وإن كان في قسمته إبطال لهما إذا كان كل واحد منهما يمكنه أن يعمل في حظه الذي يصير له من الرحى رحى، وفي حظه الذي يصير له من الحمام حماما، والأظهر أن ذلك لا

يجب على مذهبه، وقال مالك: إنه يقسم وإن لم يصر في حظ أحد إلا قدر قدم وما لا منفعة له فيه، ولم يتابعه على ذلك أحد من أصحابه إلا ابن كنانة، وقال ابن الماجشون: لا يقسم إلا أن يصير في حظ كل واحد منهم ما ينتفع به في وجه من وجوه المنافع، وإن قل نصيب أحدهم حتى كان لا يصير له بالسهمة إلا ما لا منفعة له فيه في وجه من وجوه المنافع لم يقسم، وقال مطرف: إن لم يصر في حظ واحد منهم ما ينتفع به لم يقسم، وإن صار في حظ واحد منهم ما ينتفع به قسم، دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل الذي لا يصير له في نصيبه ما ينتفع به أو صاحب النصيب الكثير الذي يصير له في حظه ما ينتفع به، وقيل: إنه لا يقسم إلا أن يدعو إلى ذلك صاحب النصيب القليل، وقيل: إنما يقسم إذا دعا إلى ذلك صاحب النصيب الكثير.

وقوله في هذه الرواية: إذا لم ينقسم المنصب ودعا أحد الشريكين إلى العمل وضعف الآخر عنه أنه يخير الذي ضعف عن العمل بين أن يقاومه حتى يحصل لأحدهما أو يبيع معه إن دعا أحدهما إلى البيع يجبر على أحد الأمرين لا بد كلام وقع على غير تحصيل، ففيه نظر؛ لأن الذي يوجبه الحكم إذا لم ينقسم أن يباع ويقسم الثمن بينهما، فمن دعا إلى ذلك منهما جبر صاحبه عليه وكان من حقه أن يأخذه بالثمن الذي يعطى فيه إن شاء، فإنما يخير الذي ضعف عن العمل أو أباه بين أن يقاوم صاحبه أو يبيع إذا دعاه صاحبه إلى المقاومة، وهذا بين من قوله في بقية المسألة.

وقوله: فإن باع أحدهما وهي مما لا ينقسم لم يكن له فيه شفعة هو خلاف مذهبه في المدونة؛ لأن له فيها: أن الرحى إذا بيعت من أصلها، فإن في الأرض والبيت الذي وضعت فيه الرحى الشفعة بما ينوبها من الثمن، وقوله: إنه لا شفعة له في ذلك هو على قياس مذهبه في أن الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " فإذا وقعت الحدود فلا شفعة [1] "؛ لأن فيه دليلا على أن الشفعة لا تكون إلا

---

(١) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ٦٤٩١، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١٢٨٨، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٥٣، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٤٦٥١، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٤٩٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٧٤، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٤٩٩٣، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥٣٠٠، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٦٠٩٥، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٦٣٤، وأخرجه =

فيما يقع فيه الحدود إذ لم يختلف قوله فيما عملت أنه لا شفعة فيما لا ينقسم بحال مثل النخلة أو الشجرة تكون بين النفر؛ فإنما أوجب الشفعة في الرحى على مذهبه في المدونة مراعاة لقول من يوجب فيها القسمة، وذهب مطرف إلى أن الشفعة في الأصول كلها، وإن كانت مما لا ينقسم بحال كالنخلة أو الشجرة بين الرجلين؛ لأنها من جنس ما ينقسم، وعلى ما في المدونة من مذهب ابن القاسم جرى العمل عندنا في الرحى ألا تقسم، وأن تكون فيها الشفعة، وهو خلاف قول مالك في القسمة لأنه يوجبها، وخلاف أصل ابن القاسم في الشفعة؛ لأنها لا تجب على أصل مذهبه، وهو نص قوله في هذه الرواية، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن الحائط من حجرة الرجل يسقط، وفي الحجرة بئر له يشرب منها جيرانه زمانا حتى مات بعضهم، وشرب الأبناء بعدهم حتى طال الزمان، ثم أراد منعهم وردها على حالها الأول؟

فقال: إن كانت معروفة في غلقه وحجرته حتى انهدم الجدار فتركها شربا لجيرانه ردها إن شاء وإن طال زمانها إلا أن يأتوا بأمر يستحقونها به، وإن كان ما ذكر من أمر الجدار مجهولا وتقادم الأمر فيها جدا لم يمنع أحد ممن يشرب منها إلا أن تقوم البينة على عارية أو إرفاق أوامر بين يستحقها به دونهم.

=

الدارقطني في سننه حديث رقم: ٤٠٠١، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٩٧٦، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٦٩٥، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٢٢٧، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٧٥٤، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٢٦٥، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٣٩٦٧، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٢١٣٠، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٢١٩٧، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٧٢، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ٩٥، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٣٩٤٣، وأخرجه ابن حزم الظاهري في المحلى بالآثار حديث رقم: ١٢٣٩، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١١٣٠، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٥٦٢، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٢٥٥.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال؛ لأن الأمر محمول على ما هو عليه أو على ما يعرف حتى تقوم البينة بخلافه، فإن عرف أن البئر كانت في حجرته وفي غلقه فمن حقه أن يعيدها على ما كانت عليه إلا أن يثبت عليه أنه أباحها للناس إباحة مؤبدة، وإن لم يعرف أنها كانت في حجرته وتحت غلقه لم يكن له أن يحجر عليها ويدخلها تحت غلقه إلا أن يثبت أنها كانت في ملكه فأعارها للناس أو أرفقهم بالشرب منها مدة ما، فيكون من حقه أن يعيدها إلى ملكه، والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر [(١)] "، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن الرحى تكون للرجل متقادمة فيريد رجل أن يحدث فوقها رحى أو تحتها؟

قال: إن كان ذلك مضرا بالقديمة يغيرها عن حالها في نقص طحين أو يكثر بذلك مؤونة عملها أو شيء مما يضر بصاحبها ضررا يتبين عند أهل المعرفة بالأصحاء منع الذي يريد أن يحدث فوقها أو تحتها رحى لما يخاف من إدخال الضرر على صاحب الرحى المتقادمة.

قال محمد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب، ومثله حكاه ابن حبيب في

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ١٦٥٠، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ٨٧، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٤١٣٦، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٦٩٠، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١١٤١، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٩٤٠، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٣٠٩١، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٥٤، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٩١٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٥١٢٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢١٠١، وأخرجه ابن أبي عاصم في الديات حديث رقم: ١٤١، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف حديث رقم: ٤٣٩، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ١٥١٥، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم:٣٥٧١، وأخرجه ابن حزم الظاهري في المحلى بالآثار حديث رقم: ٤١٣، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في الإنصاف فيما بين علماء المسلمين حديث رقم: ١٠، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٤٢٢٢، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٢١٥٧، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب حديث رقم: ١٠١٩، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٣٨٥.

الواضحة عن ابن الماجشون، وحكي عن أصبغ: أنه لا يمنع إلا أن يبطل عليه بذلك رحاه أو يمنعه من جل منفعتها، قال: لأن الانتفاع بالأنهار وحوز منافعها ليس بحق ثابت كحق ذي الخلطة إذا بنى عليه في فنائه ما يضر به، وإنما هو كالموات، فإذا كان إن أنشأ الثاني رحاه انتفعا جميعا فلا يمنع، وإن أضر بالأول إلا أن يبطلها أو يذهب بجل منفعتها، واحتبس على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم في سيل مهزور ومذيب: " يمسك الأعلى حتى يبلغ الكعبين [1] ثم يرسل على الأسفل "؛ فقال: ألا ترى لو أراد رجل أن ينشئ في حقه حائطا فوق حائط صاحبه لم يكن لصاحبه الأسفل حجة في أن يقول له: لا تنشىء في حقك حائطا فوق حائطي لأنك إذا فعلت ذلك استأثرت بالماء علي حتى تسقي به حائطك فلا يأتيني منه إلا ما يفضل عنك، أو لعله لا يفضل عنك منه شيء لقلة الماء، هذا معنى قوله دون لفظه، ولا يلزم ابن القاسم ما احتجت به عليه أصبغ من الحديث لأنه يخالفه في تأويله، ومعناه عنده: إذا أنشأ الأعلى حائطه قبل الأسفل أو أنشأ حائطيهما معا، وأما إذا أنها الأسفل حائطه قبل الأعلى فلا يبدأ عنده الأعلى بالسقي عليه إلا أن يكون فيما يفضل عنه ما يكفي الأسفل، وذلك ظاهر من قوله في أول سماع أصبغ بعد هذا على ما سنبينه هناك إن شاء الله، وبه التوفيق.

مسألة:

قلت: أرأيت إن كان بعدوتي نهر موضع رحيين والعدوة الواحدة لرجل والأخرى لآخر، وهما متقاربتان إن عمل المنصب الذي بهذه العدوة فنفذ سده إلى العدوة الأجرى أبطل منصب الأخرى، وإن عمل الآخر كذلك تبطل هذه الأخرى أترى أن يقتسما الماء أم يجوز لأيهما سبق إلى العمل أن ينفذ سده وإن كان ذلك لا يضر بأرض أهل العدوة التي ينفذ إليها السد غير أن في ذلك إبطال منصب الأخرى؟

قال: إن تشاحا فليس لكل رجل إلا نصف النهر، فإن كان في نصفه ما يعمل عليه رحى فذلك له، وليس له أن ينفذ سده إلى برية غيره إلا بإذن أهل تلك البرية، أضر ذلك بهم أو لم يضر، وذلك أن نصف الماء لهم إن تشاحنوا إن شاؤوا أن يسقوا به أو يحولوه إلى منافعهم كان ذلك لهم، وإن لم يكن في نصف الماء ما يحمل عمل رحى منعا جميعا من العمل حتى يتراضيا على ما يحل لهما.

---

(١) أخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣١٥٨، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٤٧٥، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٧٤٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٩٦٦، وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج حديث رقم: ٢٩٤.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها، ولا لبس في شيء من معانيها، ولا اختلاف في شيء من وجوهها، فلا معنى لتكلف القول فيما يستغنى عنه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: أول عبد ابتاعه فهو حر

قال: وسألته عن المسرح يكون لقوم من حول منزلهم فيريد بعضهم حرثه ويأبى ذلك بعضهم، أترى أن يترك مرعى أم يقسم؟

فقال: الذي يريد أخذ حقه أعذر من الذي يريد أن يبور أرضه للمرعى وأرض شريكه وهو كاره، فأرى أن تقسم، ثم يحرث من شاء، ويرعى من شاء في نصيبه.

قال الإمام القاضي: هذا على ما تقدم من مذهب ابن القاسم في قسمة الشعراء في أول رسم هذا السماع، وقد مضى من القول على ذلك هنالك بيان ما يجب قسمته منها باتفاق إذا دعا إلى ذلك أحد الأتراك مما لا يجوز باتفاق ومما لا يجب إلا على اختلاف، والمسارح مقيسة على ذلك، وما وقع في سماع عبد الملك عن ابن وهب من: أن المسارح لا تقسم، وإنما تقسم الأرضون خلاف قول ابن القاسم هذا، وموضع اختلافهما إنما هو إذا كان المسرح خارجا عن أرض قريتهم هل يقسم بينهم على ما يدعونه من أنه مالهم وملكهم؟ وإذا كان بين القرى هل يقسم بينهم أيضاً على ما يدعيه أهل كل قرية من أنه من حيز قريتهم أم لا؟ وكذلك يختلف أيضاً إذا كان بإزاء القريتين أو القرى هل يقسم بينهم إذا ادعوه؟ فقيل: إنه لا يقسم بينهم لما فيه من الحقّ لغيرهم ممن يمر به فيرعى فيه، وقيل: إنه يقسم بينهم بأن يأخذ أهل كل قرية منه ما كان بإزاء قريتهم فيقسمونه بينهم دون يمين إن اتفقوا أو بعد أيمانهم إن اختلفوا، وأما إن كان داخلا في أرض قريتهم أو خارجا عنها فثبت أنه ما لهم وملكهم، فلا اختلاف بينهم في وجوب قسمته بينهم، قيل: إذا دعا إلى ذلك بعضهم، وقيل: إذا دعا إلى ذلك جميعهم أو جلهم، ومن إليه عماد أمرهم، والأول أظهر، والله أعلم.

مسألة:

قلت: أفيجوز لمن أخذ نصيبه وأراد أن يقره مسرحا لماشيته أن يحميه من الناس ويبيع كلأه؟

قال يحيى: قد كرهه بعضهم وأجازه بعضهما، وقول الذي كرهه أعجب إلي؛ لقول

رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يمنع فضل الماء [1] ليمنع به الكلأ "؛ فقد نهى عن منع فضل الماء فكيف الكلأ بعينه؛ فلا أرى أن يبيعه ولا يمنعه، ثم قال: أربع لا أرى أن يمنعن الماء للشفة والنار والحطب والكلأ.

قال الإمام القاضي: قد مضى تفصيل القول في حكم الكلأ وما يجوز من بيعه ومنعه، وموضع الاختلاف في ذلك، والاتفاق فيه في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، والحكم في الحطب كالحكم في الكلأ سواء على التفصيل الذي ذكرنا فيه، وأما الماء فالكلام إنما هو في فضلته، فما كان في ملك الرجل منه فاختلف هل له أن يمنع فضلته من جاره فيما يريد من ابتداء الانتفاع أم لا على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له أن يمنعه إياها إلا بثمن يواجبه عليها، وجدلها ثمنا عند سواه أو لم

(١) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ٦٤٧٧، وأخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٩٣٦، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١١٩٠، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠١٧، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٤٦٠٨، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢١٩، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٣٤٧، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٤٠٧، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٠٢٧٤، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥٠٦١، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٢٢٩٨، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٥٥٨٠، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٥٨٨، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٠٠٣، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٢٢٩، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٢٨٥، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٦٨، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني حديث رقم: ٤٨١، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٠٧٤، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٠٣٣٨، وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج حديث رقم: ٢٩٧، وأخرجه القاسم بن سلام الهروي في الأموال حديث رقم: ٦١٨، وأخرجه ابن زنجويه في الأموال حديث رقم: ٨٥٠، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ١٦٦٧، وأخرجه البيهقي في بيان خطأ من أخطأ على الشافعي حديث رقم: ٨٩، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٩٩١، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٦٠٧، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب حديث رقم: ١٠٩٣.

يجد، وهو المشهور في المذهب.

والثاني: أنه ليس له أن يمنعه إياها إلا أن يجد لها ثمنا عند سواه، فإن لم يجد لها ثمنا عند سواه لم يكن له أن يحبسها عنه وهو لا يحتاج إليها.

والقول الثالث: أنه ليس له أن يمنعه إياها بحال، ولا أن يأخذ فيها ثمنا من أحد، وهو الذي ذهب إليه يحيى بن يحيى على ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يمنع نقع بئر [1] ولا يمنع رهو ماء "؛ وهذا كله في العين أو البئر التي تكون في أرض الرجل ولا ضرر عليه في الدخول إلى الاستقاء منها، وأما البئر تكون في دار الرجل أو في حائطه الذي قد حظر عليه فله أن يمنع من الدخول عليه في ذلك، وقد مضى في رسم البراءة من سماع عيسى القول في منع الرجل فضلة مائه ممن يريد أن يسقي به شجرا أو نخلا قد تقدم غرسه لها فلا معنى لإعادة ذكر ذلك، ومضى في رسم الأقضية الأول من سماع أشهب حكم مياه آبار المواشي التي تحتفظ في المهامه فلا معنى لإعادة ذكر ذلك أيضاً، وأما النار فلا اختلاف في أنه لا يجوز لأحد أن يمنع من الاقتباس منه إذ لا ضرر عليه في ذلك، ولا يجوز لأحد أن يمنع أحدا ما ينتفع به إذا كان ذلك لا يضر به لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر والضرار، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت لابن القاسم: أرأيت المسارح تكون في بعض القرى ينتجعها من حولها من أهل القرى بمواشيهم ثم يريدون أن يقتسموها فيدير فيها كل من كانت ماشيته تسرح فيه وإن كان إنما يتخطى إليه القرى؟

قال: فلا حقّ فيه لمن كان يتخطى القرى إليه، وقد يسرح الناس بعضهم عند بعض على مسيرة الميل والأميال واليوم والأيام، أفبهذا يستحق أحدهم كل أرض سرحت فيه ماشيته؟

قال: ولكني أرى أن المسرح لأهل القرية التي هو في فوزها، فإن تداعى فيه أهل

---

(١) أخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٤٠٨، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٢٢١٨١، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٩٥٥، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٧٤٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٦٩، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٠٧٠، وأخرجه ابن زنجويه في الأموال حديث رقم: ٨٥٥، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٩٩٠.

قريتين أو ثلاثة أو أربعة، وكلهم حول ذلك المسرح وهو واسع بينهم ولم يثبت بالبينة لبعضهم دون بعض قسم بينهم على عدة القرى التي يدعيه أهلها، وليس على قدر عمران تلك القرى.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله: إن من كان يتخطى القرى إلى المسرح بماشيته فلا حقّ له فيه؛ أي: لا يقبل دعواه في أنه له مسرح ماشيته فيه، وإنما يقبل فيه دعوى من كان يتصل به من أهل القرى فيقسم بينهم على الاختلاف في ذلك حسبما مضى القول فيه في أول الرسم، وفي قسمة الغامر في أول رسم من السماع، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن الرجل يسكن القرية وليس له فيها إلا مسكنه أو شيء اشتراه بعينه ليس من أهل الميراث ولا ممن اشترى من أهل الميراث سهما فيعمر من غادرها أرضا يخترق ويزرعها زمانا وأهل القرية حضور لا يغيرون عليه ولا يمنعونه من عمله ثم يريدون إخراجه؟

فقال: ذلك لهم إلا أن تقوم له بينة علم اشتراك أو هبة أو حقّ يترك له به ما عمر إلا أن يطول زمانه جدا.

قلت: أتراه مثل ما يستحق الرجل بعمارته من دار رجل أجنبي وأرضه، أو إنما تراه بحال الوارث أو المولى مع مواليه؟

فقال: ينظر السلطان فيه على قدر ما يعذر به أصحاب أصل الأرض في سكوتهم لما يعلم من افتراق سهامهم، وقلة حقّ أحدهم لو تكلم فيه، فإنه يقول: منعني من الكلام سكوت إشراكي وقلة حقي، فلما خفت تطاول الزمان وما يحدث من دعوى الغامر تكلمت، فأراه أعذر من الذي يستحق عليه من خاصة داره أو خاصة أرضه شيء، ولا أبلغ به حدّ الورثة فيما بينهم، ولا حدّ المولى الذي يرتفع في أرض مواليه أو الصهر في أرض أصهاره إلا أن يكون ذلك الغامر للرجل أو الرجلين أو النفر القليل فلا يعذرون بسكوتهم، ويحملون فيما عمر جارهم من غامر أرضهم على ما يحمل عليه من جيز عليه من داره أو أرضه شيء، قال: وهم فيما يعمر بعضهم من غامرهم المشترك أعذر في السكوت وأوجب حقًّا وإن طال الزمان جدا.

قال الإمام القاضي: حكم غادر القرية أن يصدق فيه أهل القرية أنه لهم على أصل سهامهم فيها، فإذا عمر منه شيئا من لا حقّ له فيه من غير أهل القرية أو ممن ليس له

في القرية إلا مسكن بعينه أو حقل بعينه بحضرة أهل القرية كان حكمه حكم من حيز عليه ما له وهو حاضر لا يغير ولا ينكر، إلا أنه رأى مدة الحيازة في ذلك على أهل القرية أطول من مدة الحيازة على الرجل الأجنبي لما يعذرون به من افتراق سهامهم وقلعة حقّ كل واحد منهم ودون مدة الحيازة على الأوراق والأصهار، وفي حدّ ذلك اختلاف كثير سيأتي القول فيه في موضعه من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق إن شاء الله، وإنما يستحق ما عمر بطول المدة التي ذكر إذا ادعى أنه إنما عمر ذلك باشتراك منهم أو هبة أو صدقة، وأما إذا لم يدع ذلك وأراد أن يستحق ما عمر بعمارته إياهم بحضرتهم فليس ذلك له، هذا الذي يأتي في هذه المسألة على قياس قول ابن القاسم في أن غامر القرية محمول على أنه لأهل القرية، ويأتي على قول ابن وهب، ومن قال بقوله في: أن غامر القرية لا يصدق قد أهل القرية أنه لهم ولا يقسم بينهم إلا أن يثبت أنه لهم أن يكون ما عمر لمن عمر بطول المدة التي ذكر بمجرد دعواه أنه له، وفي سماع عبد الملك بن الحسن من كتاب الاستحقاق من قول ابن وهب ما يدل على ما ذكرناه عنه، وقال في الرواية: إنهم إذا قاموا عليه قبل أن تطول المدة فلهم إخراجه، ولم يقل إذا أخرجوه هل يكون له قيمة بنيانه إن كان بنى قائما أو منقوضا، والذي يوجب النظر أن يكون له قيمة بنيانه قائما إن كانوا قاموا عليه بحدثان ذلك، وإن كانوا قاموا عليه بعد أن طالت المدة ولم تبلغ إلى الحد الذي يكون الحيازة فيه عليهم عاملة أن يكون له على مذهب ابن القاسم قيمة بنيانه منقوضا، وعلى رواية المدنيين عن مالك قيمته قائما.

وأما قوله في آخر المسألة: وهم فيما يعمر بعضهم من غادرهم المشترك أعذر في السكوت وأوجب حقًّا وإن طال الزمان جدا، فمعناه: أنهم يحملون في حدّ الحيازة محمل الأصهار والقرابة من أجل الاشتراك، وقد اختلف في ذلك، فذهب مطرف إلى أن الشركاء فيما حازه بعضهم على بعض بمنزلة الأجنبيين، وقال أصبغ: الشركاء فيما حازه بعضهم على بعض بمنزلة الأوراق والقرابة، هذا الذي ينبغي أن يحمل عليه قوله: وإن طال الزمان جدا؛ لأنه إذا كان الشريك يستحق على شريكه حظه من عامر قريته بطول الحيازة، فأحرى أن يستحق عليه حظه من غادرها بذلك فيقول: إن معنى قوله: وإن طال الزمان جدا؛ أي: طال حتى خرج عن الحد الذي يستحقه به الأجنبي ما لم يتجاوز الحد الذي تكون به الحيازة بين الأصهار والقرابة، ولم يشترط سحنون في نوازله بعد هذا من هذا الكتاب هذا الحد من الطول فقال: إنه يكون لهم إذا كانوا قد

عمروه وزرعوه زمانا بعلمهم فلم يرفعوا ذلك إلى السلطان، فهو خلاف مذهب ابن القاسم؛ لأنه يرى سكوتهم إلى الحد الذي تكون فيه الحيازة بين الأجنبيين تبطل دعواهم، ورأى ابن القاسم سكوتهم إلى الحد الذي تكون فيه الحيازة بين القرابة يوجب أن يكون القول قول الحائزين في أن الذي حازوه انفردوا به دون إشراكهم، وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد وسؤاله ابن القاسم

قال محمد: وسألت ابن القاسم عن الرجل تكون له الرحى فيبني تحتها رجل رحى فنقصت رحى الأول من طحينها؟

قال ابن القاسم: ليس ذلك له إذا أدخل عليه ضررا.

قلت له: إنهما يرافقان جميعا؟

قال ابن القاسم: قد أضر به فيما صنع؛ لأن رحاه كانت تطحن قبل أن يبني هذا طحينا غير هذا فليس ذلك له.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم في رسم المكاتب من سماع يحيى، وهو المشهور في المذهب، وخالف في ذلك أصبغ حسبما ذكرناه عنه هناك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يكون له الماء يسقي به، وفيه فضل عنه فيغرس قوم حراسا على فضل ذلك الماء بعطية منه فيطعم الغرس فيريد صاحب الماء أن يقطعه عنهم؟

قال: ليس له ذلك إلا أن يحتاج إليه فيكون أولى به منهم.

قال محمد بن رشد: كان القياس في هذه المسألة ألا يكون لصاحب الماء أن يقطع عنه فضلته، وإن احتاج إليها لأنه قد أعطاه إياها، والمعنى في ذلك عندي: إنما هو إذا لم يصرح له بعطية الفضلة، وإنما قال له: اغرس على فضل مائي، أو خذ فضل مائي فاغرس عليه، فيكون من حقه أن يقول: إنما أردت أن يأخذه على سبيل العرية إلى أن أحتاج إليه أو طول ما استغنى عنه فيحلف على ذلك ويأخذه إذا احتاج إليه، وأما إذا صرح بالعطية أو بالهبة فقال: قد وهبتك فضل مائي أو قد أعطيتك إياه فلا يكون له أن يأخذه منه ومن احتاج إليه، ولو صرح بالعرية لكان له أن يرجع فيه إذا انقضت المدة التي أعاره إليها أو إذا مضى من المدة ما يرى أنه أعاره إليها إن كان لم يضرب له أجلا، وقد قال ابن أبي زيد: قوله بعطية يريد العرية لا التمليك، والعرية في هذا على التأبيد إلا أن يحتاج إليه إلا أن هؤلاء أنفقوا وغرسوا وهو يعلم، ولا ماء لهم غيره، فهذا كأنه

تسليم والله أعلم، قاله ابن أبي زيد، وقال: أعرف نحوه لسحنون، وقد مضى في رسم البراءة من سماع عيسى زيادات في معنى هذه المسألة، وبالله التوفيق.

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد الملك بن الحسن: سألت ابن وهب عن الرجل يكون له الجنان وليس عليها حائط وفيها عين يغسل فيها من جاورها من النساء ثيابهن، ويقصرن شققهن، ويرتفعون بها كانوا على هذه الحال منذ زمان طويل، فأراد صاحب الجنان أو من ابتاعها منه أن يحتظر على جنانه بجدار ويقطع عمن يرتفع بماء تلك العين ما كانوا يترفقون به من الغسل والوضوء وغير ذلك من حوائجهم، فادعوا أن لهم فيها هذا المرفق، وشهد لهم على ذلك شهود، وزعم صاحب الجنان أن العين له وفي جنانه، وأنه لم يكن ضره من ورد العين لشغل ثوبه وغير ذلك، وأن اختلاف الناس إليها أضر بها، فأراد أن يحظر على جنانه، ويجعل العين في نظيره ويقطع طريق من كان يرتفع بها، فهل ذلك له؟

فقال: له أن يمنع ماءها إذا شاء ويبيحه إذا شاء، وليس ما كان يصنع قبل ذلك من إباحته إياه وإرفاقه جيرانه والناس والمارة بالذي يقطع عنه حقه ولا منعه وإصراره حيث شاء وبيعه إن شاء إذا كان ما كان فيه إنما كان معروفا منه، ولم يكن ذلك منه عن صدقة كانت منه بأصل العين أو بحبس على الناس فله أن يحظره ويقطع ما شاء، وسواء كان مستنبطها أو مشتريها، وإنما هي بمنزلة بئر الزرع والأجنة إلا أني أحب له أن لا يمنع الشرب بغير حكم يحكم له به عليه، وقال لي أشهب: نعم ذلك له، وليس عليه أن يدخل في حظيره، ولم يكن له أن يمنعهم قبل أن يحظر من غسل ثيابهم في تلك العين إلا أن يكونوا يغسلون ثيابهم من حائطه في موضع يخاف على بعض ما فيه منهم فيكون له أن يمنعهم وإن لم يكن الحائط محظرا إذا كان على ما وصفت لك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا اختلاف في شيء من معانيها، فلا معنى لبيان ما لا يخفى من وجوهها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن وهب عن المسرح يكون بين القوم فيريدون اقتسامه هل ذلك لهم؟

فقال: لا يغير عن حاله التي كان عليها، وليس تقسم المسارح، إنما تقسم الأرضون.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيى فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها سحنون بن سعيد

وسئل سحنون عن قوم لهم قرية يسكنونها ويزرعونها، وأمام مزرعتهم مرعى لماشيتهم فعمد أكثر أهل تلك القرية إلى ذلك المراعى فحرثوه وزرعوه وبقي منهم ناس لم يتخذوا من المرعى شيئا ولم يزرعوا فيه شيئا، وزرع الذين اختطوا سنين وزمانا أيكون للذين لم يتخذوا فيه معهم شيء أم لا؟

قال: لا يكون لهم معهم شيء.

قلت: ويكون المرعى للذين زرعوا وعملوا؟

قال: نعم إذا كانوا قد عمروه وزرعوه زمانا ولم يرفع ذلك إلى السلطان حتى عمروه كما وصفت فتراه للذين عمروه بالحرث دون الذين لم يعمروا.

قال الإمام القاضي: قول سحنون هذا خلاف قول ابن القاسم في آخر سماع يحيى، وهم فيما يعمر بعضهم من غادرهم المشترك أعذر في السكوت وأوجب حقًّا وإن طال الزمن جدا، وهذه المسألة تتخرج على اختلافهم في غامر القرية ومرعاها إذا كان خارجا عنها؛ إذ قد قيل: إنه محمول على أنه لأهل القرية على قدر سهامهم فيها إن حاز أحد منهم بالعمارة شيئا، وقيل: إنه محمول على أنه موات لجميع المسلمين إلا أن يدعيه أهل القرية فيصدقون في ذلك، وقيل: إنه محمول على أنه موات لجميع المسلمين إلا أن يثبت أنه لأهل القرية، فعلى القول بأنه محمول على أنه لأهل القرية على قدر سهامهم فيها إن حاز أحد منهم بالعمارة شيئا منه دون سائرهم وهم حضور لا يغيرون ولا ينكرون مدة تكون الحيازة فيها عاملة بين الأقارب أو بين الأجنبيين على الاختلاف فيما حازه بعض الأتراك على بعض هل هم في ذلك بمنزلة الأجنبيين أو بمنزلة الأقارب كانوا أحقّ بما حازوه إن ادعوا أنهم استخلصوه لأنفسهم من إشراكهم بقسمة أو ابتياع أو هبة أو صدقة مع أيمانهم على ذلك، وعلى القول بأنه محمول على أنه موات لجميع المسلمين إلا أن يدعيه أهل القرية فيصدقون في ذلك إن حاز أحد منهم بالعمارة شيئا منه دون سائرهم وهم حضور لا يغيرون ولا ينكرون مدة كون فيها الحوزة عاملة بين الأجنبيين، كان القول قول الحائزين مع أيمانهم فيما حازوه أنه مالهم وملكهم، وبطل فيه دعوى الحاضرين للحيازة عليهم، وعلى القول بأنه محمول على أنه موات لجميع المسلمين إلا أن يثبت أنه لأهل القرية إن حاز أحد منهم شيئا منه بالعمارة دون سائرهم وهم حضور لا يغيرون ولا ينكرون كان القول قول الحائزين فيما حازوه واعتمروه بمجرد دعواهم أنه لهم دون يمين، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن العلو يكون لرجل والأسفل لآخر فيخاف على حيطان الأسفل الضعف من قبل شقوق بها إن بنى الأعلى؟

قال: يهدم الأسفل ويبني مثل ما كان أولا.

قلت: وعلى من رفد الأعلى؟

قال: على الأسفل.

قال محمد بن رشد: في المجموعة لابن القاسم خلاف رواية سحنون هذه عنه: أن على صاحب العلو إدعام علوه حتى يبني صاحب الطفل إذا احتاج إلى ذلك، ولكلا القولين وجه من النظر، ورواية سحنون أبين.

من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم

من كتاب الأقضية والأحباس

قال أصبغ: وسألت ابن القاسم عن رجل غرس في واد، فكان ماء ذلك الوادي يسقي به غرسه فجاء رجل آخر فغرس في ذلك الوادي؟

قال: ليس له أن يحدث على الأول ما يقطع رحاه إلا أن يكون فيه ماء يكفيهما جميعا.

قال أصبغ: وذلك إذا اشترك الأول بالإحياء والغرس والانتفاع بالماء.

قال محمد بن رشد: قوله: فجاء رجل آخر فغرس في ذلك الوادي؛ يريد: أنه غرس فوق الأول ليكون أحقّ بالماء منه على ما يوجبه الحكم في ماء النهر أن يبدأ الأعلى على الأسفل في السقي به حسبما أحكمته السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم في سيل مهزور ومذينب: " أن يمسك الأعلى [1] حتى يبلغ الماء إلى الكعبين ثم يرسله على الأسفل "؛ فلم ير ذلك له إذا لم يكن فيما فضل عنه من الماء ما يكفيه لأنه قال: إن ذلك إنما يكون له إذا كان في الماء ما يكفيهما جميعا، فعلى قوله: إذا لم يكن فيما فضل عنه من الماء ما يكفيه بدئ هو بالسقي عليه، فكان له هو ما فضل عنه، وقول أصبغ مبين لقول ابن القاسم: إن الثاني إنما يمنع أن ينشئ غرسا فوق الأول ينقطع به الماء عنه إذا بدئ بالسقي عليه أو كان لا يفضل عنه ما يكفيه إذا كان غرسه قد انتفع

(١) أخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٢٩٥٨.

بالماء ونبت به وحيي من أجله، ولأصبغ في الواضحة خلاف قول ابن القاسم هو: أن للثاني أن ينشئ حائطا فوق حائط الأول وإن لم يكن في الماء إلا ما يقوم به فانقطعت السقي عن الأسفل على ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم: " يمسك الأعلى [١] حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسل على الأسفل "؛ إذ عم ولم يخص، فوجب أن يحمل على عمومه إنشاء الأعلى قبل الأسفل أو الأسفل قبل الأعلى.

وقول ابن القاسم أظهر وأولى؛ لأن الماء إذا لم يكن فيه إذا ما يسقى به أحدهما فأحدث الثاني حائطا فوق الأول أضرت بالثاني، وأبطل عليه حائطه ومنعه منفعة قد سبق إليها وحازها، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضرر والضرار؛ فوجب أن يخص بنهيه هذا عموم قوله: " يمسك الأعلى [٢] حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسل على الأسفل "؛ فيكون مخصصا في الموضع الذي لا ضرر فيه، وهو إذا أنشأ جميعا حائطيهما معا أو أنها الأعلى حائطه قبل الأسفل، فإنما ذهب أصبغ بقوله إلى تبيين مراد ابن القاسم وإن كان لا يقول بقوله، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسئل عن المنازل تكون محيطة بفحص عظيم ويكون لأهل تلك المنازل فيما يلي كل منزل منها أرض غامرة تحرث، وأكثر ذلك الفحص بور يرعى فيه أهل تلك المنازل وغيرهم من المارة ويحتطبون فيه، ولا يزال بعضهم يتزيد إلى أرضه العامرة منه، وكيف إن اجتمعوا على اقتسامه؟

قال: أرى أن يترك على حاله ولا يجوز لهم اقتسامه للمنفعة التي فيه لمن بعدهم ممن يأتي وللمارة التي قد جرت فيه منفعتهم من رعيهم ومناخ إبلهم واحتطابهم فيه؛ فإن فعلوا شيئا من ذلك لم أر لمن زرع منهم أن يدخل معهم في شيء من ذلك، قال أصبغ: ويمنعون ويرد ويترك على حاله، وهو الحق، وهو بحال الماء الموجود وسطهم فهو للعامة منهم وغيرهم وليس لهم اقتطاعه ولا ردمه ولا شيء منه، ولا لأحد منهم قرب منه أو بعد لا جميعا ولا شتى.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن الفحص العظيم البور الذي يرعى فيه الناس ويحتطبون منه ليس لأهل المنازل المحيطة به أن يقتسموه ولا أن

---

(١) أخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٢٩٥٨.

(٢) أخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٢٩٥٨.

يتزيدوا إلى عامتهم منه فيتملكوه لما في ذلك من قطع منافع الناس منه، وإنما اختلف في قسمة البور الغامر والمسرح والشعراء التي تكون بإزاء القرى متصلا بها حيث يشبه أن يكون من حيزها حسبما مضى القول فيه مستوفى في أول رسم سماع يحيى، وفي رسم أول عبد ابتاعه فهو حر، وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها أصبغ

وقال أصبغ في رجل كان يبني رحى أو بنى في جوار مغتسل لقوم أو مستقى فأرادوا منعه لحاشية الرحى وما يردها من الناس هل لهم منعه؟ وكيف إن كان على المغتسل طريق سائرة عامرة هل له بذلك حجة عليهم؟ وكيف إن غور صاحب الرحى مجازا فوقها لعامة أو لخاصة قريبا فردهم عنه إلى مجاز فوقه أو تحته هو أخطر لهم أو فيه بعضا الجور عليهم إلا أنه لا مضرة عليهم فيه؟

قال أصبغ: الجواب فيه إن شاء الله: إن كان يضربهم وبغاشيتهم ومستقاهم وممرهم أو ينتقص منها شيئا فيفسده عليهم ويغور أرضهم إلى غيرها لم يكن ذلك له على حال إلا أن يكون تحويل الطريق الذي ذكرت الأمر اليسير جدا ليس فيه عطف عليهم في ممرهم ولا عرج عن سعة طريقهم؛ إنما هو اليمنة واليسرة، الظل بالظل، والجنب بالجنب، واليمين باليمين، شيء لا يتباعد ولا يضر، فإن كان ذلك كذلك مما لم يلحقهم ضرره ولا عاقبته في طريقهم إذا أقبلوا ولا مخرجه إذا أدبروا من طريقهم هذه الأولى ولا في ماشيتهم ولا في خشونة مستواهم ولا في مغتسل، فإذا كان هكذا وصح فلا أرى بذلك بأسا، وإن كان عليهم فيها وكف، فحيث وجد الضرر على الطالب وجب على السلطان دفع الضرر.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة جيدة بينة صحيحة، وقد مضى بيانها، ووجه الحجة فيها في رسم الصبرة من سماع يحيى فلا معنى لإعادة شيء من ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل أصبغ عن قوم لهم مجرى ماء، وهم فيه أشراك، فلبعض الناس عليه أجنة كثيرة، ولبعضهم جنان أو جنانان، لبعضهم أكثر من بعض، فاندفعت الساقية، فأرادوا حفرها وتنقيتها، كيف تحفر على عدة الأجزاء أم على عدة الجماجم؟

قال: لا بل على الأجزاء والأنصباء فيه، والانتفاع فيه، وهو كالشفعة تكون على قدر الحقوق، وهو أيضاً بمنزلة حقوق القسام تكون على قدر الحقوق والأنصباء، ولسنا بقول ابن القاسم فيه: إنه على الجماجم، ولا نعلم شيئا من هذا يكون على الجماجم

في أنها العلم إلا كنس المراحيض المشتركة لأن الانتفاع بها وفيها سواء، ولا يحاط فيه بعلم معرفة ذلك، فإن اختنقت الساقية واحتاجت إلى الكنس، وكان بعضهم ينتفع بأعلاها وبعض بأسفلها فدعا الأسفلين الأعلين إلى الكنس، وقالوا لهم: تكنسون معنا؛ لأن مجرى ماءكم علينا، فإن اختنقت عندما أضرت بكم، وقال الأعلون: لا حاجة لنا بكنسها، وذكروا أنها ليست مضرة لهم فقال: أرى أن يكنسوا معهم؛ لأن مجرى مائهم فيها.

قلت: فإن اختنقت في أعلاها فدعا الأعلون الأسفلين إلى الكنس فأبوا عليهم؟

قال: ذلك لهم إلا أن يعينوهم، وإنما أمرنا الأعلين بالكنس مع الأسفلين؛ لأن مجرى ماءهم ووسخهم عليهم، وليس الأسفلين على الأعلين مجرى.

قال الإمام القاضي: أما إذا اندفعت الساقية في أعلاها قبل أن تصل إلى واحد منهم، وهي إن نقيت وصل الماء إلى جميعهم، وإن لم تنق لم تصل إلى واحد منهم، فالذي ذهب إليه أصبغ من أن حفرها وتنقيتها يكون على قدر الحقوق لا على عدد الجماجم هو الأظهر مما قيل في ذلك؛ لأنه أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم، فله في كتاب الأقضية من المدونة في أجرة القاسم إنما تكون على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصباء، وله في أول سماع يحيى عنه من كتاب البضائع والوكالات في أجرة الأجير على الخصام أنها تكون على قدر الأنصباء لا على عدد الرؤوس، وذلك اختلاف من قوله؛ إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى والقياس، وهذا الاختلاف داخل في رسالتنا هذه، وفي غير ما مسألة، من ذلك مسألة نوازل سحنون من كتاب الجعل والإجارة في القوم يستأجرون الأجير، وعلى حرز أعمال متاع أو حرز حبال مقاث، ولبعضهم منها القليل، ولبعضهم الكثير، وما أشبه ذلك من المسائل، واختلف أيضاً قول ابن القاسم في تنقية الكنف، فالمعلوم من مذهبه الأظهر من الأقوال أنها تكون على عدد الرؤوس، وهو على قياس قوله: إنها تكون على قدر الأنصباء، وهو قوله في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع، وعليه يأتي ما روي عنه من: أن تنقية كنف الدور المشتراة تكون على أرباب الدور، فتفرقة أصبغ بين كنس الكنف وسائر المسائل المذكورة هو أظهر الأقوال، ويتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: تفرقة أصبغ هذه بين تنقية الكنف وما سواها من المسائل.

والثاني: أن الحكم في جميعها أن يكون على عدد الأنصباء؛ لأن من قال في كنس الكنف: إنه يكون على قدر الأنصباء، وهو مذهب أشهب في سماع أصبغ من كتاب

الأقضية، وأحد قولي ابن القاسم على ما ذكرناه، فاحرص أن يقول ذلك في سائر المسائل.

والثالث: أن الحكم في جميعها أن يكون على عدد الرؤوس؛ لأن من قال في أجرة القسام وفيما سواها من المسائل المذكورة: إنها تكون على عدد الرؤوس فأحرى أن يقول ذلك في تنقية الكنف، وأما إن اندفعت الساقية بجد أن وصدت إلى واحد منهم فإنه يقال للذي لم تصل إليه: إما أن تعمل مع الذي وصلت إليه، وإما أن يعمل هو وحده ويكون أحقّ بحظك من الماء حتى تأتيه بما يجب عليك من النفقة على الاختلاف الذي ذكرناه من عدد الجماجم وقدر الأجزاء، وأما إذا اختنقت الساقية بعد أن تجاوزت حظ أحدهم وهو الأعلى منهم فلا يلزم الأعلى أن يعمل مع الأسفل إذ لا منفعة له في العمل ولا ضرر عليه في تركه لتأتي السقي له في الحالتين جميعا هذا الذي يأتي في هذه المسألة على أصولهم.

وقوله فيها: فإن اختنقت الساقية فاحتاجت إلى الكنس وكان بعضهم ينتفع وبعضهم بأسفلها؛ لأنها هي الساقية التي يتصور فيها أن ينتفع بعضهم بأعلاها وبعضهم بأسفلها، وأما ساقية ماء السقي فأعلاها ينتفع به الأعلى والأسفل، وأسفلها لا ينتفع به إلا الأسفل وحده، وقد مضى الحكم في ذلك وتفصيل القول فيه.

وأما حكم الساقية التي تجري في المحافل بالأثقال والرحاضات فالحكم فيه على ما قال أصبغ في الرواية من أن يعمل الأعلى مع الأسفل ولا يعمل الأسفل مع الأعلى للعلة التي ذكرها من أن ماء الأعلين ووسخهم يجري على الأسفل، وليس للأسفل على الأعلى مجرى، وقد بين ذلك سحنون فيما حكى عنه ابن أبي زيد في النوادر من رواية أبي بكر بن محمد فقال: على الأول أن يكنس وحده حتى يبلغ إلى الثاني، ثم على الأول والثاني الكنس حتى يبلغا إلى الثالث، ثم على الأول والثاني والثالث الكنس حتى يبلغوا إلى الرابع، هكذا أبدا حتى يبلغوا إلى آخرها، وهذا لا اختلاف فيه إذا كانت تجري في الأزقة والطرق، وأما إذا كانت تجري في الدور والأملاك فقيل: إن على كل واحد من أرباب المهر والأملاك أن ينقي ما في داره أو ملكه منها، وهو الذي يأتي على مذهب أشهب، وأحد قولي ابن القاسم في: أن تنقية الكنف المشتركة على قدر الأنصباء، وتنقية كنف الدور المشتراة على أرباب الدور لا على المشترين، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن إمام اغتصب أرحية على نهر، وتلك الأرحية قديمة بذلك الموضع، فعمد الغاصب فخربها وبنى تحتها قريبا من موضع المغصوبة منه أرحية بنقض المغصوبة، فأقامت الأرحية بالموضع الذي أنشأها فيه الغاصب زمانا طويلا خمسين سنة أو أكثر تداولها أمراء، ثم إن ورثة المغصوب قاموا طالبين بحقهم فأنصفوا منه، وقضي لهم به، وأمر القاضي أهل الغاصب ومن كانت تلك الأرحية في أيديهم من ورثة أولئك الأمراء بقطع نقضهم من الموضع الذي أحدث فيه الغاصب الأرضية، وذلك إذ لم تقم لورثة المغصوب البينة على نقض، وقامت لهم البينة على أصل الأرحية فوق هذا الموضع الذي أحدث فيه الغاصب، فأمر القاضي بقلع النقض وخراب تلك الأرحية من أجل أن موضع الأول لا يمكن أن تكون فيه أرحية لقرب المحدثة من موضع الأرحية الأولى، فشق على أهل الغاصب قلع نقضهم لما يصير عليهم فيه من المؤونة، فباعوا ذلك النقض من المغصوب، فلما اشتراه المغصوب وصار له بالموضع الذي كان الغاصب أحدث فيه أرحية رأى أن يقر النقض على حاله ويبني بذلك الموضع أرحية من قبل أن ذلك الموضع لا يجوز لأحد أن يبني فيه رحى لمكان ضرورته بموضع الأول، وأن هذا الموضع ليس لأحد من الناس، وإنما هو نهر للمسلمين عامة، فبنى المغصوب منه بذلك الموضع أرحية وأنفق فيها أموالا عظيمة والإمام والقاضي وجميع الناس ينظرون إليه ينفق ويبني ويعمل حتى فرغ منها بالمؤونة العظيمة، ثم اغتلها بعد ذلك سنتين أو ثلاثا، ثم قام عليه الإمام اليوم بعدما وصفت لك فأراد أن يخرب عليه الإمام ما عمل، وقال له الإمام: إن هذا الموضع الذي أقررت فيه أرحيتك ليس لك، وإنما هو للناس، وأنا الناظر فيه وموضعك الذي قضى لك فيه فوق هذا، وأراد أن يخرب عليه، فكان من حجة المغصوب في ذلك أن قال: أفلا موضعي الذي بنيت فيه فإن الغاصب الأول حين أخرق أرحيتي ونقلها من موضعها إلى هذا الموضع أفسد علي المنصب وغدره، وإنما غدره ليصالح على نفسه هذا الموضع الذي نقل إليه النقض، ومع ذلك أيضاً إني يوم غصبني هذا الغاصب لو أردت أن أنقلها إلى هذا الموضع لم يكن لأحد أن يمنعني منه، ولا على أحد فيه مضرة، ولا لأحد أن يبني بهذا الموضع جرحى لموضع ضرر ذلك بأرحيتي التي من فوق، وإن الموضع الذي أقررتها به ليس لأحد من الناس، بل أنا أعظم الناس فيه حظا لأني لا أترك أحدا يبني فيه رحى لأنه يبطل علي أرحيتي التي فوق، ومع ذلك أيضاً أنه يقول المغصوب منه للإمام: أيها الإمام؛ أنت تنظر إليّ أبني

وأنفق الأموال وأستغل الأموال العظام، وأنت قضيت لي بتخريبها، ثم تزعم اليوم أنك أولى الناس بالموضع مني لأنك تزعم الناظر للناس، والإمام يقول: خذ موضعك الذي قضيت لك له به فابن فيه ودع هذا لما يعلم أن ذلك الموضع لا يستقيم فيه أرضية بعد لما أفسد فيه الغاصب الأول وغدر ذلك الموضع؟

قال أصبغ: لا أرى لذلك الإمام نقضه عليه ولا العرض له، وأراه جاهلا خاطئا لما يريد أن يفعل من هذا فلا يخطىء ثانية كما أخطا أولا، فقد أخطا في الأمر الأول حين فسخه وعرض فيه لأنه لم ينقضه لنقض المغصوب منه بعينه، فقد ذكرتم في المسألة أنه لم تثبت له بينة على النقض أنه له ولا أنه بنيانه، وإنما فسخه لموضع المحدث على موضع الأول، ولم يكن من الصواب ذلك؛ لأن الأول قد مات ما كان أحيا وصار الثاني كمن أحيا مواتا آخر بعده فلا يموت حي لموات قد مات لا يقدر على إحيائه لأنه قد استغدر وصار مواتا ممتنعا من الإحياء، وإنما كان يجوز له أخذ النقض لو كان للأول فيه نقض معروف كان أدخل فيه يوجد قائما أيضاً لم يتغير ولم يبل مما كان يكون له منتفع إذا قلع كالسواري تحت البنيان تخرج إلى بنيان غيره إذا غصبت، فأما شيء قد بلي وأكله الماء فلا ينزع وإن كان غصبا لأنه لا ينتفع به، وموضعه ليس لصاحبه فينتزعه وصاحبه مضر، وإنما كان ينبغي للإمام أن يقضي في هذا للمغصوب منه بقيمة بنيانه ورحاه يوم هدمها الغاصب الأول، وإن كان الأمر هكذا في بلاء الحجارة والنقض، فإن كان ذهب بحجارتها مع ذلك بأمر مشهود عليه قضى له بالقيمة قائمة، وإن لم يذهب قضى له بما بين القيمتين ما نقص الهدم والفساد منها حينه إلى وقت قلعها مبنية، فإذا جهل هذا وأخطاء وأخطر العمل فيه بصوابه وفسخ وأمر بالقلع وقضى به فاشتراه المغصوب منه وأقره بإقراره إياه وبما زاد فيه واعتمل وبنى، فلا أرى أن يعرض له فيه ولا ينقض عليه، ولا ينقض الإمام حكمه الماضي له به؛ لأنه وجه شبهة من القضاء والفوت، وإنما هذا بمنزلة ما لو قضى له فاشتراه غيره وأرضى صاحبه المنقوض له منه ومن النفقة وأقره لنفسه أو زاد فيه لم ينبغ في الحقّ أن يفسخ على هذا المشتري الأجنبي لأنه يصير ذلك بمنزلة محي مستأنف في ذلك الموضع، ولا يكون أيضاً للإمام عليه خيار في قلعه أو إثباته بالنظر بزعمه للمسلمين، لا أرى هذا له ليس من قبل أنه علم به وأقره فقط، ولكنه من قبل أنه قد كان لهذا أن يحييه يومئذ لو كان معطلا مهدومة من أصله بغير إذن الإمام وبغير علمه؛ لأن ذلك سنتهم في أنهارهم وعملهم وعملها مباح لهم فيها من أول الإسلام إلى هلم جرا لا يستأذنون إماما فيه؛

لأن أنهارهم إنما هي لهذا ولمثله من المنافع، وهذا الغالب عليها ولمصائدهم كنحو أرضيتهم ليست مساقي في طرق حمالة ولا سيارة، ولا مساقي لغيرها من الأرض، ولا مركوبة فيمنعون المارة وغيرها فيمنعون حينئذ، وليست لها مصارف إلا هذه المنافع فهي لهم فيها وإن قربت من العمران.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة أرحى القنطرة بقرطبة لما نزلت كتب فيها إلى أصبغ، فأجاب فيها بهذا الجواب، وهو جواب صحيح على مذهبه في أنه لا يلزم استئذان الإمام في إنشاء الأرحى على الأنهار فيما قرب من العمران؛ لأن الواجب كان في ذلك على أصله هذا إذا كان الغاصب قد خرب الرحى التي غصبها وغدر موضعها بالرحى التي أحدث تحتها حتى لا يمكن أن تعاد فيها الرحى أن يقر الرحى الثانية للغاصب على حالها، ويكون عليه للمغصوب قيمة رحى مبنية على ما كانت عليه يوم هدمها من جودة البناء ورداءته، وإنما كان يجب أن يقضي على الغاصب بتخريب الرحى التي أحدثها تحتها إن كان لم يغدرها بذلك، ويمكن إذا خربت أن تعاد على حالها ويكون عليه مع هذا قيمة بنيانها، فيمكن أن يحاول قوله، وأمر القاضي أهل الغاصب بقلع نقضهم على هذا، ويقال: إن سكت عن ذكر قيمة البنيان للعلم به فلا يكون الحكم على هذا خطا كما تأول أصبغ وهو الأولى؛ لأنه يبعد أن يحكم للمغصوب منه بما لا منفعة له فيه من هذه الرحى المحدثة لا أكثر فيمضي مال الغاصب في غير منفعة تصل إلى المغصوب أو أن يحكم له بقيمة رحاه على الغاصب ثم يقضي عليه أيضاً بهدم رحاه التي أحدثها، وعلى كلا التأويلين لا يكون للإمام ما ذهب إليه من أن يخرج المحكوم له المغصوب من الرحى المحدثة؛ إذ قد اشترى نقضها من ورثة الغاصب الذين قضى عليهم بقلعه وأقره في موضعه لأنه ينزل بذلك منزلة بانيه الذي قد استحقه ببنيانه إياه؛ لأن ذلك إحياء له على مذهبه وإن لم يستأذن الإمام لا سيما وقد بنى هو بذلك الموضع أرضية بعلم الإمام والقاضي وجميع الناس كما ذكر في السؤال، وقول أصبغ في هذه المسألة: إن من أنشأ رحى فيما قرب من العمران على نهر فليس عليه أن يستأذن الإمام في ذلك بعيد عندي، والصواب: أن ذلك لا يكون له إلا بإذن الإمام إذا كانت الضفتان لجميع المسلمين كما لا يكون له إذا كانت الضفتان ملكا لرجل إلا بإذن ربهما، وقد قيل فيمن أحيا مواتا فيما قرب من العمران بغير إذن الإمام: إن للإمام أن يخرجه منه ويعطيه قيمة بنيانه منقوضا، فعلى هذا القياس يكون للإمام في هذه المسألة ما ذهب إليه من أن يخرج المحكوم له من الرحى

المحدثة ويعطيه قيمة بنيانه منقوضا، وبالله التوفيق.

من سماع حسين بن عاصم من ابن القاسم

قال حسين: سألت ابن القاسم عن سداد الأرحية إذا كانت قد تقادمت في أيدي أهلها أربعين سنة أو خمسين سنة فيشتري قوم خشبا في جبل هو على ذلك الوادي فيريدون المرور بها في النهر حتى يبلغوها موضع نفاقها أو موضع حاجتهم إليها فيمنعهم أهل الأرحية ويقولون: لا تمروا بها على سدادنا ولا تخرقوها علينا، فيعطونهم على تلك الخشب ليفتحوا لها فرجا في سدادهم ويمتنعون بذلك أصلا فلا يريدون أن يفتحوها لهم لتمر خشبهم؟

قال ابن القاسم: أرى أن يوكل الإمام رجلان حاسما ممن يخاف الله بهدم ما يضر الناس من تلك السداد في أمرهم بخشبهم وسفنهم، ويترك ما وراء ذلك مما لا يضرهم في أمرهم بخشبهم وحوائجهم لسفنهم من سده لينتفع به إذا لم يكن في ذلك مضرة؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر [1] ولا ضرار "؛ فتفسير ذلك: ألا يتخذ أحد ما يضر بأحد ولا يمنع أن يتخذ ما لا يضر بأحد، قال: ولا أرى أن يتخذوا من أحد شيئا مما وصفت لك، وأرى أن يؤمروا بهدمها وتخلية الناس في طريقهم في نهرهم كما وصفت لك، وأرى أن يخرق من ذلك السد لممر القوارب لحوائج الناس في حمولتهم وصيدهم وغير ذلك مما يحتاجون إليه إذا كان النهر تمر به القوارب العظيمة يحمل الناس فيه حوائجهم من أطعماتهم وغير ذلك، وليس لأحد أن يقطع بسده ممر الناس في النهر.

قال الإمام القاضي: وهذا كما قال؛ لأن منفعة عامة المسلمين بالمرور في النهر

---

(١) أخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٣٣٤، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٤٠٩، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٢٧٥٢، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٢٢٨٢، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٨٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٨٨٢٩، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٢٨٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٦٤، وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج حديث رقم: ٢٦٥، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم١٩٥١ :، وأخرجه القاسم بن سلام الهروي في الأموال حديث رقم: ١١٤٤، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٥٥٠، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٢١٤٨.

بخشبهم وقواربهم لوجوه منافعهم لا يستحقها عليهم أصحاب السداد بطول المدة؛ إذ ليس هو حقّ لمعين فيحمل عليه بطول السكوت أنه راض بترك حقه في ذلك، فالواجب في ذلك ما ذكر من أن يخرق من السدر موضع تمر منه الخشب والقوارب لمنافع الناس من حوائجهم وصيدهم، ولا يهدم جميع السد فيبطل على صاحبه رحاه وإن كان المرور في النهر يسهل بذلك؛ لأن الضرر على صاحب الرحى بإبطال الرحى عليه أكثر من الضرر الذي يلحق المارة في مرورهم على الموضع الذي خرق منه، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إذا اجتمع ضرران نفى الأصغر أكبر "؛ فتأوله أهل العلم في مثل هذا المعنى، وهو كثير في غير ما وجه واحد، ولو أراد رجل ابتداء أن ينشئ رحى فيه حقه على النهر ويقطعه بسد لم يكن ذلك له إلا أن يترك بالسد بابا مفتوحاً يمر به من احتاج إلى المرور فيه إذا كان المرور فيه متصلا، وإن لم يكن متصلا كان له أن يسده في الأوقات التي لا يحتاج الناس إلى المرور عليه؛ لأن النهر كالطريق فلا يباح لأحد أن يحدث فيه ما يقطعه، ولا يمنع من أن يحدث فيه ما ينتفع به مما لا يضر به ولا يقطعه، وأما إن أراد أن يحدث فيه ما يضر به بعض الضرر ولا يقطعه فذلك إلى اجتهاد الإمام في أي الضررين أكبر إن كان الذي على المارة فيه أو على الذي يمنع من منفعته فيما يريد أن يبني فيه أو ينشأ عليه، وقد وقع في المبسوطة لمحمد بن إبراهيم المدني خلاف قول ابن القاسم هذا، قال: وسئل محمد بن إبراهيم المدني وكتب إليه من الأندلس عن الخشب التي تقطع بالمغرب عندنا فتطرح بالوادي، فربما مرت بأصحاب السداد فيمنعونهم من خرق السداد وهم يصلحونها كما كانت فقال: إن كان خرقهم إياه يضر بصاحب السد لم أر أن يخرقوا شيئا، وإن كان لا يضر بهم وهم يصلحونه لا يخاف عليه حاله من أجل ما أخرق صاحب الخشب بعد إصلاحهم إياه، فأرى أن لا يمنعوا من خرق ما مروا به على ما ذكرت لك، وقول ابن القاسم أظهر لما بيناه، والله أعلم.

مسألة:

قال: وسمعت ابن القاسم يقول في الرجل تكون له الرحى القديمة فيتخذ رجل تحتها رحى فيقول صاحب الرحى القديمة: أنا أخشى أن تضر هذه الثانية برحائي، فيبعث القاضي معهم رجالات من أهل البصر بالعمل فيقولون: لا فساد على رحاه من الرحى التي تحتها، فيأمر القاضي بالعمل ويأذن له بالبنيان، فإذا فرغ أضرت بالرحى العليا وجمعت عليها الماء فلم تتركها تدور؟

قال ابن القاسم: إذا اجتهد السلطان أولا كما ذكرت ثم أمره بالبنيان بعد أن رأى أهل البصر أنها لا تضر ثم أضرت فلا أرى أن تقلع، ولتقر على حالها؛ لأنها حكومة قد وقعت، فاتفق بها صاحب الرحى نفقته فلا سبيل إلى ردها، وليصبر صاحب الرحى العليا، قال ابن القاسم: ولو تركه صاحب الرحى العليا فعمل حتما طحنت رحاه وفرغ منها، ثم قام إلى السلطان وذكر ضرها فلم أر للسلطان أن يهدم الرحى عنه؛ لأنه قد تركه حتى أنفق عليها النفقة العظيمة ثم يريد قلع عمله فليس ذلك له إذا كان حاضرا يرى عمله: قال ابن نافع: أرى أن لا يمضي الضرر فيها على أحد كان أمر السلطان بالنظر فيه أو لم يثمر، وأرى أن يقلع إذا تبين؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر [1] ولا ضرار ".

قال ابن وهب: إذا رآه يبني حتى طحنت ثم أراد منعه من ذلك لم يكن ذلك له كانت رحاه قائمة أو قد خربت لأنه تركه ينفق ويحوز ما كان هو قد حازه من النهر حتى صار لغيره، ثم أراد القيام عليه فيه فليس ذلك له لأن النهر موات، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا تحجروا على الناس.

قال محمد بن رشد: وقع في بعض الكتب في هذه المسألة زيادة متصلة بقول ابن وهب، وهي: وقال ابن وهب فيمن أحيا مواتا ثم تركه فأحيا غيره فهو لغيره، وفي قول عمر هذا بيان من هذا، قال ابن وهب: فإذا ادعى صاحب الرحى القديمة أنه إنما كان تركه إياه على غير علم بضرورته وكان ذلك لا يخفى على أحد من الناس أنه يضر لم يكن له قول، وأقرت الرحى المحدثة على حالها، وإن كان ذلك يخفى حلف صاحب الرحى القديمة وكان له أن يقلع إن شاء، وفي هذه الرواية بيان لما يحاول عليه قوله بعد هذا إن شاء الله، ومساواة ابن القاسم في هذه المسألة بين الذي يبني بأمر السلطان

(١) أخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٣٣٤، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٤٠٩، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٢٧٥٢، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٢٢٨٢، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٨٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٨٨٢٩، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٢٨٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٦٤، وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج حديث رقم: ٢٦٥، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم١٩٥١ :، وأخرجه القاسم بن سلام الهروي في الأموال حديث رقم: ١١٤٤، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٥٥٠، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٢١٤٨.

وحكمه، وبين الذي يبني بحضرة صاحب الرحى العليا وعلمه في أن بنيانه لا ينقض، والمعنى الموجب لذلك مختلف، أما الذي يبني بأمر السلطان وحكمه فإنما قال ابن القاسم: إن بنيانه لا يقلع وتقر رحاه على حالها من أجل أن الخطأ في ذلك ليس هو منه، وإنما هو من الشهود؛ إذ شبه عليهم فظنوا أن بنيانه لا يضر بالرحى التي فوقها، فكان ذلك بمنزلة الشاهد يرجع عن شهادته بعد نفوذ الحكم فيقول: شبه علي ويدعي الوهم والغلط فمن قولهم إن الحكم لا يرد، وإنما اختلفوا في الشاهد هل يغرم التالف بشهادته أم لا حسبما مضى القول فيه في أول سماع عيسى من كتاب الشهادات؛ فعلى القول بأن الشاهد يغرم ما أتلف بشهادته وإن ادعى أنه شبه عليه فيها يلزم أهل البصر في هذه المسألة غرم قيمة الرحى العليا إن كانت بطلت، أو غرم ما نقص من قيمتها إن كان نقص بذلك طحينها ولم يبطل جملة، وأما على القول بأن الشاهد لا يغرم ما أتلف بشهادته إذا كان قد شبه عليه فيها ولم يتعمد الزور فلا يلزمهم شيء إلا اليمين إن ادعى عليهم صاحب الرحى العليا أن ذلك كان مما لا يخفى عليهم، وأنهم تعمدوا الزور في شهادتهم على الاختلاف في يمين التهمة، وذلك إذا كان ذلك مما يمكن أن يخفى، وأما إن كان مما لا يمكن أن يخفى على أحد من الناس فيلزمهم الغرم، ولا يمكنوا من اليمين. وأما الذي بنى بحضرة صاحب الرحى العليا وعلمه فإنما قال: إن بنيانه لا يقلع ويقر على حاله من أجل أنه جعل سكوته على البنيان مع العلم به كالإذن له فيه، وهو أصل قد اختلفت فيه قوله حسبما ذكرناه في غير ما موضع من هذا الديوان، وكذلك ساوى ابن نافع أيضاً بين المسألتين في أن البنيان يقلع ولا يمضي الضرر على من حصل عليه، ووجه ما ذهب إليه: أنه رأى حكم السلطان بذلك خطا منه؛ إذ قد تبين الضر، فبان له أنه قد أخطأ في حكمه ولم ير السكوت بمنزلة الإذن، وقول ابن القاسم أصح لأنه لم يخطىء في وجه الاجتهاد، وإنما أخطا عليه الشهود، ولو أخطأ في وجه الاجتهاد مثل أن يظنه أن من حقه أن يبني رحاه في حقه وإن أبطل ذلك رحى غيره لوجب عليه أن ينقض حكمه بذلك قولا واحدا؛ إذ لم يختلف في أنه ليس له أن يبني رحى في موضع يبطل به رحى غيره، وإنما اختلف هل له ذلك إذا كان لا يبطلها وينقص من طحينها حسبما مضى القول فيه في رسم المكاتب من سماع يحيى، وفي سماع محمد بن خالد، وقول ابن وهب في الذي ترك الرجل يبني رحى في موضع يضر برحاه ثم أراد أن يقوم عليه في ذلك أنه ليس له ذلك موافق لقول ابن القاسم في الجواب ومخالف له في العلة؛ لأنه جعل العلة في ذلك أن النهر موات فمن أنشئ فيه

رحى كان كمن أحيا مواتا من الأرض إن تركه حتى عاد إلى حالته الأولى كان لمن أحياه بعده، فجعل تركه إياه يبني رحى في موضع يبطل به رحاه بمنزلة تركه إياه رحاه حتى تبطل؛ إذ لو ترك رحاه حتى تبطل وتذهب ويعود الموضع إلى حاله قبل أن يبني فيه الرحى لكان لغيره أن يبني في ذلك الموضع بعينه رحى، فكيف فيما قرب منه؟ وهذا إنما يصح فيمن بنى على النهر رحى في موضع لا حقّ له فيه، وإنما هو لجماعة المسلمين، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يقول: إذا كانت أرض لرجل على أرض رجل وللأسفل موضع رحى في أرضه ليس له موضع ساقية، فيقول لجاره الأعلى: ائذن لي أشق بالنهر في أرضك عامر الساقية فيها إلى رحائي، فيأذن له وتطحن الرحى، فيريد صاحب الأرض العليا أن يؤخر الساقية عن أرضه، فيقول ربّ الرحى: قد أنفقت النفقات حتى طحنت رحائي، فلما استقامت أردت أن تبطلها علي؟

فقال: ينظر في ذلك؛ فإن كان قد وهبها له لم يكن ذلك له، وإن كان إنما أذن له فيها ولا يعرف أهبة أم شراء أم صدقة أحلف ربّ الأرض بالله لما تصدق عليه ولا وهب ولا كان ذلك الإذن منه إلا عارية، فإذا حلف نظر، فإن كان مضى لذلك من الأجل ما يرى أن مثل تلك العارية تكون إلى مثله في مثل ما اعتمره عاملها أخرج له صاحب الرحى وأعطاه ربّ الأرض قيمة ما أنشأ على تلك الساقية من عمل إن قلع كان له ثمن، وإن لم ينشئ شيئا أكثر من حفر الساقية وأجراء الماء فيها لمنفعته فلا أرى فيها قيمة عمل، وأرى له إخراجه منها، وإن لم يكن سكن مثل الذي يرى أن مثله عمل ذلك العمل إليه ثم أراد إخراجه لم يكن له ذلك حتى يتم أجل مثلها.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الكتب، وقوله فيها: إنه إذا لم يعلم على أي وجه أذن له في ذلك إن كان على الهبة أو العارية كان القول قوله مع يمينه أنه إنما أذن له في ذلك على سبيل العارية صحيح لا اختلاف فيه؛ إذ لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه، فإن نكل عن اليمين كان القول قول ربّ الساقية، وهذا إذا تداعيا في ذلك فقال صاحب الساقية: وهبتني، وقال صاحب الأرض: بل أعرتك، وأما إذا لم يدع صاحب الساقية على صاحب الأرض الإفصاح بالهبة وقال: إنما ظننت أنك تريد الهبة، وعلى ذلك حفرت الساقية، ولو علمت أنك لم ترد الهبة لما حفرتها وأراد أن يحلفه على ذلك لجرى ذلك على الاختلاف في لحوق يمين التهمة.

وقوله: إنه إذا حلف على العارية ومضى لها من الأجل ما يرى أنه أعاره إياه لم يكن له إلا قيمة نقضه منقوضا إن كان له فيما عمل فيها نقض هو مثل ما له في المدونة خلاف رواية المدنيين عن مالك، وأما قوله إن أراد إخراجه قبل أن يمضي من المدة ما يرى: أنه أعاره إليه فليس ذلك له فهو خلاف ما له في كتاب العارية من المدونة؛ لأن الذي له فيها إن له أن يخرجه ويعطيه قيمة بنيانه قائما، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يتخذ في أرضه رحى فيسد النهر حتى إذا انتهى إلى آخر السد إلى البرية عرض له رجل من فوقه جرف فيقول: لا تسد إلى موضع جرفي إني أخاف إذا خنق الماء من أسفل وجاء السيل أن يحفر الجرف فيذهب أرضي، فنظر فيه فوجد ذلك إذا كان السيل ربما احتفظ فكان كذلك، وربما نجا فلم يضر بأرضه ولم يحتفر؟

قال ابن القاسم: لا أرى أن يمنعه بذلك من سد النهر إلى موضع الجرف لأنه قد احتج بضرورة وعساها ألجأ تنزل أبدا به فيمنع هذا لما يخاف أن يجيء أو لا يجيء من منافعه الحاضرة لشيء لا يدري أيكون أم لا؟ وأرى أن يعمل ولا يمنع، قال: فأما لو نظر إليه أهل البصر بعمل الأرحية والأنهار فقالوا: إنه لا شك أنه إن جاء سيل إن كان على صاحب الجرف فذهب بأرضه لرأيت له قلع ذلك السد وكل ما يخشى ضرره في أرضه مما هو آت لا شك فيه، وليس هذا مثل الأول أن يقول ربما أفسده البنيان أو ربما سلم، هذا لا يمنع من العمل لشيء لا يدري أيكون أم لا يكون، وهذا الأمر الآخر هو الذي لا أشك فيه ولا يترك وإنشاء الضرر عليه في أرضه.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم هذا في هذه المسألة: إنه لا يمنع من منافعه الحاضرة لشيء لا يدري هل يكون أم لا صحيح، وليس بمعارض على ما ظنه بعض الناس لما وقع في رسم الصبرة من سماع يحيى في الذي تكون المخاضة في أرضه فيريد أن ينشئ فيها رحى، وذلك الرحى توعر المخفضة أو تغرقها أنه يمنع من العمل، فإن لم يتيقن الضرر بالمخاضة إلا بعد الفراغ من العمل قيل له: إن الذي يريد من العمل يخاف عاقبته، فإن زعمت أنه غير مضر فاعمل، فإن تبين ضرر عملك أبطلناه عليك ورددنا المخفضة على حالها، فإن شاء أن يعمل على ذلك عمل، والفرق بين المسألتين: أن الضرر في مسألة سماع يحيى وإن كان لا يتبين قبل العمل فهو يتبين بعده، فإن تبين بعده قدر على إزاحته، وما يخاف ويتقى في هذه المسألة ليس له حدّ معلوم؛ إذ لا يتبين بتمام العمل، ولعله لا يقع ولا يقدر على إزاحته أيضاً إن وقع، ولا

يصح أن يقال للذي يريد العمل اعمل على أنه إن وقف ما يخاف لزمك الضمان؛ إذ لا يدري متى يقع إن وقع، ولعله لا يقع إلا بعد موته وبعد انتقال الأملاك، وهذا بين، والحمد لله.

مسألة:

وسألته عن النهر الصغير تكون عليه الأرحية والأجنة والكروم والشجر فيسقي بماء ذلك النهر أهل كل قرية شجرهم وأجنتهم والأرحية بعضها فوق بعض إلى آخر النهر والقرى على النهر فيشربون من مائه ويردون عليه بمواشيهم فيقل ماؤه في الصيف من أجل ما كثر عليه من السداد سداد الأرحية فلا يأتي القرى السفلى من الماء ما يسقون به ويردونه بمواشيهم، وربما جفت شجرهم؟

قال: أرى أن يهدم الوالي تلك السداد إذا علم أن الماء سيأتيهم عامة بهدم السداد، ويكون ذلك منفعة للقرى فأرى أن يأمر بخرق السداد إلا أن يخرج من أرض قوم وحولهم فيكونون أولى بذلك وأحق حتى يفرغوا من حاجتهم، ثم يكون الأسفلين كلهم فيها بالسوية، ثم يقسم أهل كل قرية ماءهم إذا كانوا يحتاجون إليه على قدر ما لهم في القرية؟

قال: وإن كان لأحدهم شرب معلوم من أهل القرية الأسفلين أعطيه إذا ثبت ذلك له إذا أحقه ببينة عدول أو أمر بين.

قلت: فإن كانوا يردون آبارا لهم وعيونا بمواشيهم وكان نهرهم كما وصفت لك من الأرحية والأجنة والشجر فقل ماء النهر فيه الصيف، أترى أن يخرق تلك السداد ويسقي الناس شجرهم وأجنتهم ويبطل الأرحاء؟

فقال: نعم أرى ذلك إذا كان خرقها يبلغ إليهم ويتمتعون به رأيت ذلك ورأيت ألا يمنعوا منافعهم من ذلك، فإن رأى أن ذلك الخرق في السداد لا ينفعهم ولا يسقون به شيئا لم أر خرق تلك السداد؛ إذ لا ينفعهم ولا يسقون به شيئا، فلا أرى لهم أن يخرقوه.

قال الإمام القاضي: وقعت هذه المسألة في بعض الكتب، وهي مسألة صحيحة بينة لا وجه للقول فيها؛ لأن وجه المنفعة بالماء السقي، فهو مقدم على الطحن، فإذا قل الماء ولم يمكن السقي به إلا بهدم السداد وجب أن تهدم، والله الموفق.

مسألة:

وسألته عن النهر الكبير الذي يكون عليه السواني والأرحية فيكثر ذلك فيقل ماؤه في

الصيف فيسد الأعلى رحاه فيحبس الماء ليلة وبعض يوم ثم يرسله فيطحن رحاه ويسقي شجره، ثم يتولاه الذي يليه فيفعل مثل ذلك، فربما بقي الأسفل لا يطحن رحاه أياما يحبس الأعلون الماء عنه؟

قال: أرى للوالي أن يأمر رجالا أمناء كل قوم بناحيتهم فيمنعون من سد ذلك الماء ولا يدعونهم وذلك، ويرسلونه إذا كان في إرساله الأسفلين في طحينهم وأجنتهم منفعة؟

قال: فإن لم يكن لهم في ذلك منفعة تركوا وذلك ولم أر أن يمنعوا من منافعها إذا لم يضروا بأحد.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة وقعت أيضاً في بعض الكتب، وهي بينة لا وجه للقول فيها، والله ولي التوفيق برحمته.

مسألة:

قال ابن القاسم: من اشترى من رجل حظه في قرية من عامرها وغادرها ولم يعرف حدّ ما اشترى في تلك القرية أمن الشعراء، ولا حدّ ما يصير للبائع ولا كم جزء ينقسم، فلا يجوز الاشتراك وأراه بيعا مفسوخا.

قلت لابن القاسم: فإن كل المشتري قد غرس من تلك الشعراء ما كان يصير لصاحبه أو دونه قليلا؟

قال: أرى ذلك قد فات بعمارته؛ لأنه قد دخلها نماء ويمضي البيع ويقوم الحظ كله العمران والشعراء والدور على المعرفة بها بعد رؤيتها جميعا، ويعطى البائع تلك القيمة ويمضي البيع للمشتري.

قلت: فإن كان المشتري عمر من الشعراء الشيء اليسير؟

قال: أرى أن يرد البيع ويفسخ ويعطى هذا قيمة مثله في عمله يوم يحكم فيها، وإنما هو عندي بمنزلة الرجل يشتري دارا بيعا مفسوخا فيهدم منها بيتا أو يبني فيها بيتا، فإن ذلك لا يفوت له ردها.

قال محمد بن رشد: وهذه المسألة أيضاً في بعض الكتب في بعض الروايات وهي صحيحة، قوله فيها: إن البيع فاسد إذا لم يدر قدر ما اشترى كما قال، ومعناه: إذا لم يعرف البائع أيضاً قدر ما باع، وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه؛ لأن البيع لا يجوز إلا أن يكون معلوما في معلوم؛ إذ لا يصح فيه المجهول لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن

بيع الغرر [(١)]، وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم أوصى أن ينفق على أمهات أولاده من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع؛ لأنها تنقسم إلى سبعة أقسام، فمن أحب الوقوف عليها وأراد الشفاء منها تحملها في موضعها المذكور، ولفرقته إذا كان البيع في الحظ المشترى فاسدا بين أن يغرسه من الشعراء اليسير جدا أو ما له منها قدر وبال صحيح أيضاً، وقد مضى بيانه والقول فيه في كتاب جامع البيوع في أول رسم من سماع أشهب منه، وفي نوازل أصبغ أيضاً فلا معنى لإعادته، والله ولي التوفيق برحمته، وله الحمد كثيرا، وصلى الله على سيدنا محمد وآله.

انتهى كتاب السداد والأنهار بحمد الله وعونه.

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٧٩١، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١١٤٨، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٢٩٣٦، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٤٤٦٦، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢١٨٥، وأخرجه عبدالله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٤٧٣، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٦٨، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٦١٣٤، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥٠٥٩، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٧٥٩٠، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٥٨٢، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٤٩٢، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٨٩٧، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٢٤٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢٩٠٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٦٩٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٢٨٣، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٠٨٣، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ١٩٨٩٠، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٢٣، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٢١٨٧، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٠٥، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ٨٦، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٨٠٤، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٧٤١، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٣٨٤، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٢٢٦.

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب المديان والتفليس الأول

من سماع ابن القاسم من مالك من كتاب الرطب باليابس

قال ابن القاسم: قال مالك في العبد يستتجره سيده ثم يفلس وعليه دين للناس: إن سيده لا يحرص الغرماء بما كان في يد العبد من المال الذي استتجره به إلا أن يكون أسلفه سلفا أو بتاعه بيعا فإنه يحاط به الغرماء، فإن باعه بيعا وكتب عليه دينا كثيرا لا يشبه مال العبد، فإن الغرماء أولى به إلا أن يكون ارتهن منه رهنا فهو أولى برهنه، وإن كان الذي كتب عليه سيد العبد يشبه مال العبد فهو يحرص الغرماء به؟

قال سحنون: وإنما يكون أولى بالرهن إلى مبلغ قدر قيمة سلعته وما يشبه أن يكون ثمن سلعته، فأما ما لا يشبه أن يكون ثمن سلعته فلا يكون أولى به إلا بقدر قيمة سلعته، ويسقط الفضل الذي ازداد على قدر قيمة السلعة.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف في أن العبد إذا استتجره سيده ثم فلس وعليه ديون للناس: أن سيده لا يحرص الغرماء بما دفع إلى العبد من المال الذي استأجره به، ولا فيما أسلفه أو باعه دون محاباة كالأجنبي يحرص الغرماء بما أسلفه وبثمن ما باعه، وإن كان ارتهن منه بذلك رهنا كان أحقّ به من الغرماء، واختلف إن كان باعه بيعا حاباه فيه العبد على قولين:

أحدهما: أنه لا يحاص الغرماء بشيء ويبطل جميع دينه، وهو ظاهر هذه الرواية، وما في كتاب المأذون له في التجارة من المدونة.

والثاني: أنه يبطل الزائد على قيمة السلعة ويحاص الغرماء بقيمة سلعته، وقد قيل: إن ذلك ليس باختلاف من القول، وأن معنى قوله في هذه الرواية، وفي المدونة: أن الغرماء أولى به يريد بالزائد على قيمة سلعته، وأن له أن يحاصرهم بقيمة سلعته، وهو الصحيح في النظر، وإن كان ظاهر ما في هذه الرواية، وما في المدونة خلافه، واختلف إن كان ارتهن منه رهنا بجميع دينه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يكون أحقّ برهنه بجميع ما رهنه به، وهو ظاهر هذه الرواية، وما في

المدونة.

والثاني: أنه يكون أحقّ برهنه إلى قدر قيمة سلعته ويبطل الزائد، وهو قول سحنون.

والثالث: أن الرهن يفسخ ويكون أسوة الغرماء بقدر قيمة سلعته، وهو قول ابن القاسم من رواية عيسى عنه في سماع ابن القاسم من كتاب الرهون، وقد قيل: إن قول سحنون مفسر لقول ابن القاسم، وهو الصحيح في النظر، فترجع المسألة إلى قولين:

أحدهما: أنه أولى برهنه إلى مبلغ قيمة سلعته.

والثاني: أنه لا يكون أولى به ويحاصر الغرماء بقيمة سلعته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: وإذا خلع الرجل من ماله لغرمائه فإنه يترك له ما يعيش به هو وأهله، وإن واجر نفسه فكذلك، العتبي: وكذلك قال لي سحنون: يترك له قدر كسوته ولا يترك قدر كسوة امرأته، قال ابن القاسم: أرى أن يترك له ما يكفيه أياما هو وزوجته وولده إن كان ولد صغار، وتترك لبسته إلا أن يكون فيها فضل عن لمسة مثله، وإن كان ما له من ذلك الشيء اليسير الذي لا خطب له ترك له ما يعيش به الأيام.

قال محمد بن رشد: قوله: يترك له ما يعيش به هو وأهله يريد الأيام على ما قاله ابن القاسم، وعلى ما في المدونة، وهي العشرة ونحو ذلك، وقال مالك في الواضحة، وكتاب ابن المواز قدر الشهر، وليس ذلك عندي باختلاف من القول، وإنما هو على قدر الأحوال، وما جرى به العرف من تقوت أهل ذلك المكان، وقد روى ابن نافع عن مالك: أنه لا يترك له شيء، وهو قول ابن كنانة ووجه القياس، والأول استحسان، ووجهه: أن الغرماء قد علموا أنه ينفق على نفسه وعياله مكانهم عاملوه على ذلك، وأهله الذين يترك لهم النفقة الأيام أو الشهر على ما ذكرناه من التفصيل في ذلك هم أزواجه وكل من تلزمه النفقة عليه من صغار ولده وأمهات أولاده ومدبراته، ولم ير سحنون أن يترك له قدر كسوة امرأته، وشك مالك في ذلك في المختصر؛ لأنها لا تجب إلا بمعاوضة وبطول الانتفاع بها فيكون ذلك كالنفقة لها بعد المدة المؤقتة، وهذا عندي إنما هو في ابتداء كسوتها، وأما إذا فلس وعلى زوجته كسوة قد كساها إياها لا فضل فيها عن كسوة مثلها وهو قائم الوجه فليس للغرماء أن يستردوها منها قولا واحدا، والله أعلم؛ لأن الغرماء قد دخلوا معه على ذلك.

وقوله في هذه الرواية: وإن واجر نفسه فكذلك معناه، وإن واجر نفسه ففضل عن نفقته ونفقة أهله فضل أنه يؤخذ منه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالكا يقول فيمن اكتتب ذكر حقّ على رجل، وأشهد له أنه إذا جاء بذكر الحقّ فهو براءته، فجاء به فادعى أنه سرقه؟

فقال: إذا جاء به ترك واحلف بالله ما اغتلته وبرئ، وذلك مما يجوز بين الناس.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه؛ لأنه لما أشهد له أنه إن جاء به فقد برئ فأتى به وجب أن يكون القول قوله مع يمينه: إنه لم يأخذه إلا بعد أن أدى ما عليه فيه لا سيما إذا ادعى عليه فيه سرقته، وهو ممن لا تليق به السرقة، ولو أتى به فادعى أنه قد أدى ما عليه فيه ولم يكن صاحب الحقّ أشهد له أنه برئ إن أتى به لما بدىء بالإتيان به، ولكان القول قول الطالب إن ادعى أنه سرق منه أو ضاع له فسقط إليه وما أشبه ذلك، وكذلك على مذهب سحنون: إن ادعى عليه أنه سرقه منه، ومعناه عندي: إذا كان ممن يليق به ما ادعاه عليه من السرقة، وأما إن ادعى أنه دفعه إليه ليدفع إليه حقه فلم يفعل فيتخرج في ذلك قولان:

أحدهما: أن القول قول المطلوب، وهو الذي يأتي على ما في رسم العرية من سماع عيسى من هذا الكتاب في مسألة الذي يقوم على رجل بذكر حقّ ممحو فيقر أنه محاه وظن أنه قضاه، وعلى ما في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون في مسألة الرهن يوجد بيد الراهن فيدعي أنه قد أدى ما عليه فيه.

والثاني: أن القول قول الطالب إن كان بالقرب على ما في نوازل سحنون من كتاب الرهون، وإشهاده للذي عليه الحقّ أنه إن جاء بذكر الحقّ فقد برئ خلاف إشهاده على أنه من جاء به اقتضى ما فيه على ما يأتي له في رسم سن من هذا السماع يرسم الأقضية الثالث من سماع أشهب، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالكا يقول في شريكين تحاسبا فكتب أحدهما لصاحبه البراءة من أخذ حقّ قبله ثم جاء بذكر حقّ قبله لم يقع في أصل البراءة اسمه فادعى صاحب البراءة أنه قد دخل هو وغيره في البراءة؟

قال: يحلف بالله لقد دخل في حسابنا ويبرأ منه؛ لأن القوم إذا تحاسبوا دخل أشباه هذا بينهم، فلو كان كل من جاء منهم بعد ذلك بذكر حقّ فيه شهد آخر بما فيه لم يتحاسبوا ليبرأ بعضهم من تباعا بعض.

قال الإمام القاضي: هذا بين لا إشكال فيه ولا اختلاف؛ لأن ذكر الحقّ الذي قام

الطالب به قبل البراءة، وإذا كان قبلها فالقول قول المطلوب: أنه قد دخل في البراءة؛ لأن الحقوق إذا كانت لرجل على رجل بتواريخ مختلفة، فالبراءة من شيء منها دليل على البراءة مما قبله، وهذا من نحو قولهم فيمن أكرى دارات مشاعره أو مساندة: إن دع كراء سنة أو شهر براءة للدافع مما قبل ذلك، ومثل ذلك ما وقع في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب التخيير والتمليك في الذي يبارىء امرأته وهي حامل على أن تكفيه مؤونة رضاع ولدها ثم تطلبه بنفقة الحمل؟

فقال: إنه لا شيء عليه من ذلك؛ لأنه يعرف أنه لم يكن يمنعها الرضاع ويعطيها هذا، وإنما الاختلاف إذا قام بذكر حقّ فادعى أنه بعد البراءة، وزعم المطلوب أنه قبل البراءة، وأنه قد دخل فيها، وفي ذلك ثلاثة أقوال قد مضى تحصيلها في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات، وسيأتي في الرسم الذي بعد هذا من هذا الكتاب، وفي نوازل سحنون ورسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ منه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعت مالكا يقول فيمن هلك وقبله ودائع للناس وقراض، وعليه ديون، فلما هلك لم يوجد عنده شيء من ذلك يعرف ولم يوص؟

قال: يتحاشون جميعا فيما ترك إلا أن يوصي في مال بعينه فيجوز لمن أوصى له به من قرار أو وديعة لمن لا يتهم عليه، قال ابن القاسم: وأما في الفلس فلا يصدق لأنه لو أقر عند الموت بدين لأجنبي جاز إقراره، ولو أقر به في الفلس لم يجز إقراره.

قال محمد بن رشد: قوله فيمن هلك وقبله ودائع للناس وقرار لا يعرف شيء منها بعينه وعليه ديون: إنهم يتحاشون جميعا فيما ترك إلا أن يوصي في مال فيجوز لمن أوصى له به من قرار أو وديعة لمن لا يتهم عليه صحيح لا اختلاف في شيء من ذلك كله أعلمه.

وأما قوله: إنه لا يصدق في التفليس فيما أقر به من قرار أو وديعة ففي ذلك اختلاف كثير؛ قيل: إن ذلك جائز يريد مع يمين المقر لهم، وهو أحد قولي مالك في رسم العرية من سماع عيسى، وقيل: إنه لا يجوز، وهو قول ابن القاسم هاهنا، وفي آخر كتاب الوصايا الثاني من المدونة، وفي رسم البيع والصرف من سماع أصبغ، وفي رسم الأقضية من سماع أشهب، وقيل: إنه يجوز إن كان على الأصل بينة ولا يجوز إذا لم تكن على الأصل بينة، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد، وقد قيل في رواية أبي زيد: إنها مفسرة لأحد القولين، ولا اختلاف أنه لا يجوز إقراره بعد التفليس بدين

لأجنبي ولا لغيره، وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من كتاب تضمين الصناع، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: قال مالك: ومن قال: لامرأتي علي من مهرها كذا وكذا، قال: ذلك في مرضه وله ولد من غيرها أو ولد منها لم يتهم أن يولج إليها ذلك دون ولده.

قال محمد بن رشد: قوله: ولد من غيرها أو ولد منها كلام مجمل؛ لأن الولد يقع على الصغير والكبير وعلى الواحد والجميع، وعلى الذكر والأنثى، والحكم في ذلك يختلف، ويختلف أيضاً باختلاف حاله معها، فالذي يتحصل عندي في هذه المسألة على منهاج قول مالك وأصحابه رحمهم الله: أن حال الرجل المقر لامرأته معها لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم منه ميل لميلها وصبابة بها.

والثاني: أن يعلم منه الشنآن لها والبغض فيها.

والثالث: أن يجهل حاله معها ومذهبه فيها، فأما إذا علم منه ميل إليها وصبابة بها فلا يجوز إقراره لها إلا أن يجيز ذلك الورثة، وأما إذا علم منه البغض فيها والشنآن لها فإقراره جائز لها على الورثة، وأما إذا جهل حاله معها في الميل إليها والبغض فيها فلا يخلو أمره من وجهين:

أحدهما: أن يورث بكلالة، والثاني: أن يورث بولد، فإذا ورث بكلالة فلا يجوز إقراره لها، وأما إن ذا ورث بولد فإن الولد لا يخلو من أن يكونوا إناثا أو ذكورا، وصغارا أو كبارا، واحدا أو عددا، منها أو من غيرها، فأما إن كان الولد اناثا يرثنه مع العصبة فسواء كن واحدة أو عددا، صغارا أو كبارا من غيرها أو كبارا منها يتخرج ذلك عندي على قولين:

أحدهما: أن إقراره جائز، والثاني: أنه لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة، فإن كن صغارا منها لم يجز إقراره لها قولان واحدا، وأما إن كان الولد ذكرا وكان واحدا فإقراره لها جائز، صغيرا كان الولد أو كبيرا، منها أو من غيرها، وأما إن كان الولد ذكورا عددا فإقراره لها جائز إلا أن يكون بعضهم صغيرا منها وبعضهم كبيرا من غيرها فلا يجوز إقراره لها، فإن كان الولد الكبير في الموضع الذي ترفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجه عاقا له لم ترفع التهمة عنه وبطل الإقرار على ما في سماع أصبغ وإحدى الروايتين في المدونة، وإن كان بعضهم عاقا له وبعضهم

بارا به يخرج ذلك على ما ذكرته من الاختلاف في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة، وكذلك الحكم سواء في إقرار الزوجة لزوجها، ولا فرق أيضاً بين أن يقر أحدهما لصاحبه بدين أو يقر أنه قبض منه ماله عليه من دين، وبالله التوفيق.

ومن كتاب قطع الشجر من سماع ابن القاسم

قال ابن القاسم: وسئل مالك عمن باع من رجل راويتي زيت بعشرين دينارا فقبض عشرة دنانير وبقي عشرة ففلس المشتري وقد باع راوية وبقيت في يده راوية فأراد البائع أخذها بعينها؟

قال: أما في هذا الوجه فإني أرى حين اقتضى عشرة أنه قبض نصف ثمن كل راوية، فأرى أن يرد خمسة دنانير نصف ثمن الراوية التي أدرك بعينها، ثم يكون أحقّ بها من الغرماء، وكذلك أيضاً لو باع عشرة رواية زيت بمائة دينار ثم اقتضى خمسين وبقيت له خمسون فأفلس المشتري وقد باعها إلا راوية واحدة فأراد البائع أخذها ولا يدخل الغرماء فيها أنه يرد خمسة دنانير نصف ثمن الراوية هذه التي أدرك، وذلك أنه حين قبض خمسين دينارا فقد اقتضى نصف ثمن كل راوية، فعلى نحو هذا يكون فيما نرى، وما كان من هذا الصنف وما أشبهه من الأعمال التي تباع بالمال العظيم وأثمانها مستوية في جملة واحدة فينتقد بعض الثمن فإنه ما انتقد من الثمن إنما ينتقده من ثمن جميعها إن كان قليلا أو كثيرا فعلى هذا يحسب إذا نزل مثل هذا الأمر في المفلس، فكل ما كان من هذا النحو؛ فإن الأمر فيه إذا جاءت فيه هذه المنزلة مثل ما وصفنا فيمن وجد ماله بعينه وقد أخذ بعض الثمن وباع بعضا، وقد فسرنا ذلك في موضع غير هذا، فذلك كذلك، قال مالك: إلا أن يشاء الغرماء في الراوية إذا وجدها أن يدفعوا إليه ما بقي من ثمنها ويأخذوها فذلك لهم.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة فيها في المذهب قولان:

أحدهما: هذا أن العشرة المقبوضة من ثمن الراويتين تفض على ما باع منها المبتاع المفلس، وعلى ما وجد قائما بيده، فلا يكون للبائع أن يأخذ الراوية التي أدرك بيد المبتاع إلا أن يرد ما نابها من العشرة المقبوضة كما لو باعها على حدة بعشرة فاقتضى من ثمنها خمسة.

والقول الثاني: أنه ليس للبائع أن يأخذ الراوية التي وجد إلا أن يرد جميع العشرة التي قبض، فإن أراد ذلك قبض الراوية التي وجد وكان أسوة الغرماء بالعشرة الأخرى التي هي ثمن للراوية الفائتة، وهو قول مالك في الموطأ لأنه قال فيه: فإن قبض من

ثمن المتاع شيئا فأحب أن يرده ويقبض ما وجده من متاعه، ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له، وهذا القول أقيس لأنها صفقة واحدة فلا تبعد، ووجه القول الأول: أنه لما افترق حكم ما فات مما لم يفت حكم لكل واحد منهما بحكم ما اشترى على حدة بعد أن يفضق الثمن على الجميع، ويأتي على مذهب الشافعي في هذه المسألة: أنه يأخذ الراوية التي أدرك بالعشرة التي بقيت له ولا يرد شيئا، وتكون العشرة التي قبض ثمنا للراوية التي فاتت، وأهل الظاهر يقولون: إنه إذا قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء بجميع ما بقي له منها، ولا يكون له حقّ في أخذ شيء مما أدرك بدليل قوله في الحديث: " أيما رجل باع متاعا [1] فأفلس ائذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعة من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحقّ به ".

وفوله في آخر المسألة: قال مالك: إلا أن يشاء الغرماء في الراوية التي وجدها أن يدفعوا إليه ما بقي من ثمنها ويأخذوها فذلك لهم صحيح على قياس قوله في أول المسألة؛ يريد: ويضرب بما بقي من دينه معهم، ويأتي على ما في الموطأ: أن ذلك ليس لهم حتى يدفعوا إليه جميع دينه، وهو نص قول مالك في رواية ابن وهب عنه، ولو جد الراويتين جميعا وقد قبض بعض ثمنهما كان مخيرا بين أن يسلفهما ويكون أسوة الغرماء بما بقي له وبين أن يرد ما قبض ويكون أحقّ بهما قولا واحدا في المذهب خلافا لأهل الظاهر في أنه أسوة الغرماء ولا خيار له، وخلافا للشافعي في أنه يكون له من الراويتين بحساب ما بقي له من الثمن، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن كان له على رجل دين فقضاه واكتتب منه براءة فيها: وهو آخر حقّ كان له عليه فيأتيه بعد ذلك بذكر حقّ لا يعلم أكان قبل البراءة أو بعدها؟

---

(١) أخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٥٩، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٥٠، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٤١٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٦٩٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٢٤، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٧١٨، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٨٢، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٩، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٠٢٣، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٤٠٧.

قال: أرى براءته من ذلك أن يحلف لقد دخل هذا الذكر حقّ في هذه البراءة ويبرأ من ذلك، ولعله أن يأتي عليه بذلك بعد موته فلا يكون ذلك له.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة: أن الطالب أتى بذكر حقّ أشكل إن كان قبل البراءة أو بعدها؛ إما لكونهما مؤرخين بشهر واحد أو عاريين من التاريخ أو أحدهما فلا يعلم المتقدم من المتأخر منهما، ووقع قوله فيها لا يعلم أكان قبل البراءة أو بعده معرى من الضبط، فإن كان أراد أن الطالب لا يعلم إن كان ذكر الحقّ الذي قام به قبل البراءة أو بعدها فإيجابه اليمين على المطلوب لقد دخل هذا الذكر حقّ في هذه البراءة مختلف فيه؛ لأنها يمين تهمة من غير تحقيق دعوى، فيجري على الاختلاف المعلوم في لحوق يمين التهمة وصرفها؛ وإن كان أراد أن الطالب ادعى أن ذكر حقه الذي قام به بعد البراءة وحقق الدعوى بذلك ولم يعلم صحة قوله لالتباس التواريخ، فلا اختلاف ولا إشكال في لحوق اليمين في ذلك ولا في وجوب صرفها، إلا أنه اختلف هل يكون القول قول الطالب أو قول المطلوب على ما ذكرناه من الاختلاف في الرسم الذي قبل هذا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن الأثمان إذا كانت مختلفة أو العروض تكون مختلفة فيبيعها في صفة واحدة ويقبض بعض ثمنها ثم يفلس مشتريها قبل أن يقبض بقيته؟

قال: يقوم ثم يفض الثمن عليها ثم ينظر إلى ما اقتضى فيوضع على كل سلعة قدرها يصيبها في المحاصة من قدر الثمن، فإن شاء الغرماء أن يتموا له بقية ثمن السلعة التي وجد عليه قدر المحاصة كان ذلك لهم، وإن أبوا وشاء البائع أخذها ردّ بقدر ما اقتضى من ثمنها وأخذ سلعته، وتفسير ذلك: أن يبيع ثلاثة أرؤس بمائة دينار ويقبضن من الثمن ثلاثين دينارا ثم يفلس ويكون قيمة العبيد أحدهم نصف الثمن، والآخر ثلاثة أعشار الثمن، والآخر عشري الثمن، فيقسم الثلاثين على قيمة العبيد فيكون لصاحب النصف خمسة عشر، ولصاحب الثلاثة أعشار تسعة دنانير، ولصاحب العشرين ما بقي، فما فات منهم كان له في مال الغريم بقية ثمنه يحاص به الغرماء؛ إن فات الذي قيمته نصف المائة كان قد اقتضى من ثمنه خمسة عشر وبقي له من ثمنه خمسة وثلاثون يحاص به الغرماء، وإن أدركه فأراد أخذه ردّ مما قبض خمسة عشر دينارا واحدة إلا أن يرغب الغرماء في حبسه فيعطوه خمسة وثلاثين دينارا تمام الثمن، وكذلك إن أدرك صاحب العشرين فكان قد اقتضى من ثمنه ستة دنانير وبقي له من ثمنه أربعة عشر، وإن

أدرك صاحب الثلاثة أعشار كان قد اقتضى من ثمنه تسعة دنانير وبقي له من ثمنه أحد وعشرون، فعلى ما فسرت لك يكون الأمر فيهم، وإن أراد الغرماء أن يأخذوه أعطوه بقية الثمن على ما فسرت لك الغرماء يخيرون عليه.

قال الإمام القاضي: هذه المسألة حقها أن تكون متصلة بالمسألة الأولى من الرسم؛ لأنها معطوفة عليها لأنها في المعنى مثلها؛ إذ لا فرق في المعنى بينهما إلا في فض الثمن على ما فات منها، وما بقي فهو يفض في المسألة الأولى على العدد لاستواء المكيل والموزون في الصفة والقيمة، وفي هذه على القيم لاختلاف العروض في الصفة والقيمة، فيدخل فيها من الاختلاف ما ذكرناه في المسألة الأولى، ولا معنى لإعادته، والله الموفق.

مسألة:

وقال فيمن ولي يتيما فزوجه أو ختنه فاتفق في ذلك من ماله نفقة عظيمة ودعا لعابين وجعل لهم من ماله جعلا؟

قال مالك: كل ما أنفق من ماله في باطل فعليه غرم ذلك، وما أنفق في وليمته من نفقة في صنيع معروف بغير سرف فليس بذلك بأس ولا بأس على من دعي إليه أن يأكل منه.

قال محمد بن رشد: ساوى في ظاهر قوله بين التزويج والختان في أنه لا ضمان عليه فيما أنفق من مال يتيمه في صنيع يصنعه له في ذلك بغير سقف، وهو في التزويج أبين؛ لأن الوليمة فيه حق، وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بها؛ فهي مندوب إليها، ومحضوض عليها، ومن أهل العلم من أوجبها بظاهر الأمر بها، والدعوة في الختان ليست بواجبة عند أحد من أهل العلم ولا بمستحبة، وإنما هي من قبل الجائز الذي لا يكره تركه، ولا يستحب فعله، فالوجه في إسقاط الضمان في ذلك عن الوصي ما جرى من العرف والعادة بفعل أهل الثروة ذلك حتى صار ترك ذلك عندهم لوما، وأما ما أنفق من ماله في لعب ولهو فلا إشكال في أنه لذلك ضامن كما ذكر، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في الرجل يوصي إلى رجل بولده ويترك ثلث مائة دينار ويأمر الوصي أن يتجر لهم فيها فيتجر لهم فيها الوصي فتصير ست مائة دينار ثم يأتي دين على الميت ألف دينار؟

قال: أرى أن تؤخذ الست مائة دينار كلها في الدين، وذلك أن الثلث مائة دينار لو أنفقها الوصي على الورثة لم يضمنها له الوصي ولم يضمنها له الورثة المولى عليهم، ولو كان الورثة كبارا كلهم لا يولى عليهم لم يستخلف عليهم وليس مثلهم يولى عليهم باعوا مال الميت ثم تجروا بما نض في أيديهم من المال لم يكن عليهم إلا ما كان نض في أيديهم، ولهم نماؤه وعليهم نقصانه، وكذلك ما غابوا عليه من العين، وأما الحيوان الذي ورثوا مما تلف فإنه ليس عليهم ضمان ما مات من ذلك إذا مات بأيديهم، قال ابن القاسم: أخبرني بهذه المسألة من أثق به عن مالك ولم أسمعها أنا منه.

قال محمد بن رشد: قوله: وذلك أن الثلث مائة دينار لو أنفقها الوصي على الورثة لم يضمنها الوصي ولم يضمنها الورثة المولى عليهم هو نص قول مالك في النكاح الثاني من المدونة خلاف قول المخزومي فيه، وإنما قال: إن الست مائة دينار كلها تؤخذ في الدين؛ لأن ربح المال تابع للضمان فيه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " الخراج بالضمان [1] "؛ فلما كان عند مالك رحمه الله ضمان الثلث مائة دينار من الغريم الذي أحيا الدين على الميت تلفت في يد الموصى الذي يتجه بها أو أنفقها على يتيمه وجب أن يكون الربح له، والمخزومي يرى أن الرابح للأيتام والضمان

(١) أخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١٢٠٤، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٤٨، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٤٤٣٨، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٢٣٤، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٢٣٦٧١، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥٠٣٥، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٢١١٣، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٥٨٧٩، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٦١٨، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٦٤٣، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٨٨٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ٩٩٤٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٠٥٢، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٣٤٨، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٠٥٨٠، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٢١٨٥، وأخرجه القاسم بن سلام الهروي في الأموال حديث رقم: ١٦٦، وأخرجه ابن زنجويه في الأموال حديث رقم: ٢٢٨، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٢٢، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٣٦١٠، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣١١٤، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٤٤٤، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٢٢٣.

عليهم، وسواء كان الذي ترك المتوفى ناضا أو عروضات فباعها الوصي وتجر فيها للأيتام، وفرق ابن الماجشون بين العين والعروض فقال في العين كقول ابن القاسم، وفي العروض إذا باعها الوصي كقول المخزومي، وهذا إذا لم يعلم الوصي بالدين الطارئ، وأما إذا علم به فتجر في المال فهو كالمتعدي في الوديعة يتجه بها فيكون الربح فيها له والضمان عليه، واختلافهم في هذه المسألة مبني على اختلافهم في الدين الطارىء على الميت هل هو متعين في عين التركة أو واجب في ذمة الميت، فمن قال: إنه متعين في عين التركة لأن الميت لا ذمة له إذ قد (............) قد جعل الربح للغرماء؛ لأن المال قد تعين لهم، ومن قال: إنه واجب في الذمة إذ قد يطرأ له مال لم يعلم به فيكون دينهم فيه إن تلف هذا المال جعل الربح للأيتام، والله الموفق.

ومن كتاب سلعة سماها

وسئل عن الرجل يبيع الرمكة من الرجل بثمن إلى أجل فيأخذها المشتري فينزي عليها فتنتج عنده فيبيع نتاجها ثم يفلس فيجد البائع رميته فيقول: أنا أريد أن آخذ رميتي وأحسب عليهم يريد الغرماء ما باع من نتاجها، وقال الآخرون له: لا ولكن إن شئت فخذها بجميع مالك وإلا فدعها وقاضنا، فتفكر فيها طويلا ثم قال: أريتك لو باع عبدا فاستغله؟ ثم قال: أريتك لو باع منها بأكثر من ثمنها مثل أن يكون ابتاعها بعشرين ثم باع منها بثلاثين دينارا بأي شيء يريد أن يرجع؟ ثم قال: ما أرى له شيئا إلا أن يأخذها بجميع ماله الذي باعها به أو يتركها ويحاص الغرماء.

قال محمد بن رشد: حكم للولد في هذه المسألة بحكم الغلة إذ قال: إنه إذا باع نتاجها ثم فلس أنه ليس للبائع إلا أن يأخذها بجميع ماله الذي باعها به، أو يتركها ويحاصر الغرماء، وقد اختلف في ذلك فقيل: إنه يأخذها بما يقع عليها من الثمن، وذلك بأن يفض على قيمتها يوم وقع البيع وعلى قيمة الولد يوم بيعوا ويحاصر الغرماء بما يقع على الأولاد منه، وقيل فيه أيضا: إنه يأخذ الأم ويحاصر الغرماء بما وصل إليه من ثمن الولد، وهذا القول هو الذي أنكره في هذه الرواية، وأما إذا باع الأمهات وأدرك الأولاد فقيل: إنه يأخذهم بما ينوبهم من الثمن إذا فض على قيمة الأم يوم وقع البيع فيها، وعلى قيمة الأولاد يوم بيعوا ويحاص الغرماء بما ناب الأم منه، وهو قول ابن القاسم في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى بعد هذا، ووقع فيه لمالك: أن الأم تقوم فيحاصر الغرماء بقيمتها ويأخذ الولد، وهو غلط، والله أعلم، فقد رأيت في بعض الكتب أخذ الولد بما يصيبهم من الثمن، وحاصل الغرماء بما يصيب الأم من

الثمن مثل قول ابن القاسم، وهو الصحيح، وأما إذا مات الولد أو الأم فلا اختلاف في أنه ليس له أن يأخذ إلا الباقي منها بجميع الثمن أو يتركه ويحاصر الغرماء، فهذا هو تحصيل القول في هذه المسألة.

مسألة:

وسئل عن رجل صالح رجلا على دراهم كانت له عليه على أن يدفع إليه خمسة دراهم كل شهر وليس للذي عليه الحقّ أن يستحلف طالب الحقّ إن ادعى أنه دفع إليه شيئا لم يأت ببينة عليه؟

قال مالك: هذا الشرط غير جائز، وإن قيم عليه حلف، ولا ينفعه ما كتب في شرطه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة كان الشيوخ يحملونها على الخلاف لما في آخر الرسم الأول من سماع أشهب من كتاب العيوب من إعماله الشرط فيه بإسقاط اليمين، ولما في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات من تفرقته في ذلك بين المضمون وغير المضمون، وبين الذي يبيع لنفسه ولغيره، فيحصلون من ذلك في المسألة ثلاثة أقوال: إعمال الشرط، وإبطاله، والتفرقة بين المضمون والذي يبيع لغيره، وبين الذي ليس بمضمون ويبيع لنفسه، والذي أقول به: إنها ليست بخلاف لذلك؛ لأن المعنى فيها مختلف؛ تلك أسقط اليمين فيها إن كانت قد وجبت قبل أن يعلم بوجوبها، وهذه أسقط اليمين فيها قبل وجوبها، فلا يدخل الاختلاف فيها إلا بالمعنى من أجل أن إسقاط الحقّ قبل وجوده أصل مختلف فيه في المذهب لا من هذه المسائل، وقد مضى بيان هذا مستوفى في سماع أشهب من كتاب العيوب، فقف على ذلك هناك وتدبره، وبالله التوفيق.

ومن كتاب القبلة

وسئل مالك عن رجل تكارى من رجل على محامل أو أحمال كراء مضمونا فلم يحمله حتى هلك المكاري وعليه للناس دين؟

قال: يكون المتكاري أسوة الغرماء يحاصهم بقدرها كما لو أن رجلا سلف في سلعة موصوفة يضمنها البائع للمشتري ثم مات البائع معدما وترك ديونا حاصل المبتاع الغرماء في تركة البائع بقيمة السلعة يوم تكون المحاصة والقضاء حتى يصير له نصف سلعته إن كان يصير للغرماء نصف حقوقهما، وثلثها إن صار لهم ثلث حقوقهم، ولا يدفع إليه ذلك ثمنا، ولكن يشتري له من تلك السلعة على شرطه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، وقوله: يحاصهم بقدرها يريد بقيمة

الركوب معجلا لا إلى أجل إن كان مؤجلا كما تكون المحاصة بالسلع الثابتة في الذمة إلى أجل بقيمتها حالة يوم تكون المحاصة والقضاء، هذا قول مالك في هذه الرواية، ومثله في سماع أصبغ بعد هذا خلاف قول سحنون: إنه يحاص له بقيمة ذلك إلى أجله فما صار له في المحاضة بقيمة الكراء لا يقضيه ولكن يكتري له به إلى الجهة التي يريد السير إليها، ولا يجوز له أن يأخذ ما وقع له في المحاصة على أن يتبع المكري ببقية حقه لأن ذلك رباء، وقيل: إن ذلك جائز لأن التفليس يرفع التهمة، ولو أراد أن يأخذ ذلك بجميع حقه لجاز إن كان ذلك مثل رأس ماله فأقل برضى المكتري؛ لأنه إقالة، ومعنى المسألة: أنه لم يقبض الجمال ولا ركب، ولو قبض أو حمل عليها لكان أولى بها، وبالله التوفيق.

ومن كتاب شك

وسئل مالك عن الرجل يرهقه الدين فيقوم غرماؤه عليه فيمكنهم من ماله فيبيعونه ويقتسمونه ولا يأتون السلطان، ثم يداينه آخرون فيريدون أن يدخلوا عليهم فيما في أيديهم؟

قال: ليس ذلك لهم، وأرى إذا بلغوا هذا أن يكون مثل من جاء إلى السلطان، وأرى الآخرين فيه أسوة، وإنما يكون الآخرون أولى من الأولين إذا كان ذلك من كسبه.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا كان ذلك من كسبه يريد إذا كان ذلك مما اكتسبه بالتجارة من أموال الغرماء الآخرين؛ لأن ما اكتسبه ببدنه من إجارة أو عمل صناعة فالأولون يدخلون فيه مع الآخرين، وقوله: إن تفليس غرمائه إياه فيما بينهم دون السلطان تفليس بمنزلة تفليس السلطان هو مثل ما في سماع أصبغ، وأبي زيد بخلاف إذا قاموا عليه فلم يجدوا عنده شيئا، وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب ليرفعن أمرا

وسئل مالك عن رجل هلك وعليه دين فقال ابنه لغرمائه: من أراد منكم أن أصالحه على النصف ويكون أبي في سعة فعلت، ففعلوا، أترى أباه قد برئ من الدين، وأنه من ذلك في حل؟

قال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا كلام؛ لأن المعنى فيها: أن الميت لم يترك مالا فسواء صدقه الغرماء في أنه لم يترك مالا أو كذبوه؛ لأنهم

إن صدقوه وقع الظلم على التحليل خاصة، وإن كذبوه وقع على التحليل وعلى إسقاط اليمين، وإن جاء غريم آخر لم يعلم به لم يلزمه أن يصالحه كما صالح الأولين، ولم يكن له عليه إلا اليمين، ولا كان من حقه أن يدخل على الأولين فيما صالحوا به، وسيأتي في الرسم الذي بعد هذا، وفي رسم يسلف، ورسم البيوع من سماع أشهب القول فيما يجوز للورثة من المصالحة إذا ترك المتوفى ما لا يفي بديون الغرماء، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن المرأة تقر عند الموت بصداق كان على زوجها أنها قبضته منه أتصدق في ذلك؟

قال: هذه وجوه تختلف؛ أما كل امرأة يكون لها أولاد قد كبروا وقد يكون بينها وبينه غير الحسن فهذه لا تتهم أن تكون ولجت ذلك إليه، وأرى أن تصدق في ذلك، وأما المرأة التي لا ولد لها ومثلها يتهم فلا أرى ذلك بجائز، ومثل ذلك الرجل يقر بالدين للرجل، فلو أقر لولد أو لأخ أو لأب أو لمن يتهم أن يصنع ذلك له لانقطاعه إليه من الرجال أو غيرهم لم أر أن يجوز ذلك إليه، ولو كان لمن لا يتهم عليه مثل التجار الذين يعرفوا أنهم لم يكن بينهم من الأمور الذين لا يتهمونه على شيء رأيت ذلك جائزا.

قال سحنون: وقد يتهم أيضاً في صديق ملاطف إذا كان ورثته عصبة.

قال الإمام القاضي: قد مضى في آخر أول رسم من السماع تحصيل القول في إقرار أحد الزوجين لصاحبه بدين في المرض، فلا معنى لإعادته، وأما إقرار من سوى أحدهما لصاحبه بدين في المرض فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن يقر لوارث.

والثاني: أن يقر لقريب غير وارث أو صديق ملاطف.

والثالث: أن يقر لأجنبي.

والرابع: أن يقر لمن لا يعرف.

فأما إذا أقر لوارث والمقر له من الورثة في القرب من المقر بمنزلة من لم يقر له منهم مثل أن يقر لأحد ولده أو لأحد إخوته أو لأحد بني عمه الوارثين له وما أشبه ذلك، أو أقرب منهم مثل أن يقر لابنته وله عصبة أو لأخ شقيق وله أخ لأم أو لأمه وله أخ شقيق، أو لأب أو لأم أو عم أو ابن عم، فإن هذا الاختلاف في أن إقراره له لا

يجوز؛ قال في كتاب ابن المواز: إذا لم يكن لذلك وجه أو سبب يدل على صدقه وإن لم يكن قاطعا إلا أن يكون المقر له عاقا والذي لم يقر له بارا به فقيل: إن إقراره له جائز كالزوجة إذا أقر لها وقد عرف الشنآن والبغض منه لها، وقيل: إن إقراره له غير جائز بخلاف الزوجة على اختلاف الرواية في ذلك في المدونة.

وأما إذا أقر لوارث والمقر له من الورثة أبعد من المقر ممن لم يقر له منهم، مثل أن يقر لعصبة وله ابنة أو لأخ لأم وله أخ شقيق، أو لأخ شقيق أو لأب أو لأم وله أم، فإن هذا لا اختلاف في أن إقراره له جائز، واختلف إن كان من لم يقر له من ورثته بعضهم أقرب إليه من المقر له وبعضهم بمنزلته مثل أن يقر لبعض إخوته أو عصبته وله ابنة، أو لبعض بني عمه وله أخت، أو كان من لم يقر له منهم بعضهم أقرب إليه من المقر له وبعضهم أبعد منه، مثل أن يقر لأمه وله ابنة وأخ أو أخت أو ما أشبه ذلك على قولين: أحدهما: أن إقراره جائز لأنه لا يتهم على ابنته للعصبة، ولا على ابنته لأمه، والثاني: أن إقراره لا يجوز لأنه يتهم على بعض العصبة لبعض وعلى أمه لأخيه أو لأخته؛ لأنه إذا أقر لبعض العصبة وله ابنة فقد أخذ من الابنة ومن بعض العصبة أو أعطى بعض العصبة، فمرة رأى إقراره جائزا لأنه لا يتهم في أن ينتقص الابنة، ومرة رأى وقراره غير جائز لأنه رأى أن ينتقص بعض العصبة دون بعض.

وأما إذا أقر لقريب غير وارث أو صديق ملاطف، فالمشهور في المذهب أن إقراره يجوز إن كان يورث بولد، ولا يجوز إن كان يورث بكلالة، وهو قوله سحنون هذا، وقيل: إن إقراره جائز كان يورث بكلالة أو ولد، والقولان في المدونة على ما وقع من اختلاف الرواية في كتاب الكفالة منها، وقد قيل: إن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس المالي، وإن كان يورث بكلالة جاز من الثلث، وهذا على ما في كتاب المكاتب من المدونة، وقيل: إن إقراره لا يجوز كان يورث بكلالة أو ولد، وهذا على ما في كتاب أمهات الأولاد من المدونة في الذي يقر في أمة أنها ولدت منه ولا ولد معها.

وأما إذا أقر لأجنبي فلا اختلاف في أن إقراره له جائز، فإن طلب ولم يوجد تصدق بها عنه كاللقطة بعد التعريف على ما قاله في رسم اغتسل من هذا الكتاب، ومن كتاب الوصايا.

وأما إذا أقر لمن لا يعرف فإن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس المال أوصى بأن يتصدق به عنهم أو يوقف لهم، واختلف إن كان يورث بكلالة فقيل: إنه إن أوصى أن يحبس ويوقف حتى يأتي لذلك طالب فذلك جائز من رأس المال، وإن أوصى أن

يتصدق به عنهم لم يقبل قوله، ولا يخرج من رأس المال ولا من الثلث، قال هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب، وقيل: إنه يكون من الثلث، وهذا القول قادم من كتاب المكاتب من المدونة، وقيل: إنه إن كان يسيرا جاز من رأس المال، وإن كان كثيرا لم يكن في رأس المال ولا في الثلث، وقعت هذه التفرقة في أول سماع عيسى من كتاب الوصايا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك: إذا فلس العبد وفي يده مال لسيده لم يؤخذ منه إلا أن يكون استأجره به، فإن كان استأجره به أخذ منه وما كان له من مال، لم يلحق رقبته من ذلك شيء.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا فلس العبد وفي يده مال لسيده لم يؤخذ منه؛ يريد: أنه لا يؤخذ منه للغرماء، ويكون السيد أولى به، وهذا إذا قامت عليه بينة، وأما إن لم يعرف ذلك إلا بإقرار العبد له فلا يجوز، وإن قامت عليه وفيه محاباة فقد مضى الاختلاف في ذلك في أول رسم من السماع، فلا معنى لإعادته.

وقوله: فإن كان استتجره به أخذ منه وما كان له من مال يريد أنه يؤكد ذلك منه للغرماء فيتحاصون فيه، ولا يضرب السيد معهم فيه به على ما مضى في أول السماع، ولا اختلاف في ذلك.

وقوله: إنه لا يكون في رقبته شيء من ذلك صحيح لا اختلاف فيه لأنه دين من الديون، فهو في ذمته بخلاف الجنايات التي تكون في رقبته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أخذ يشرب خمرا

وسئل مالك عن رجل هلك وترك عليه ثلاثة آلاف دينار ولم يترك من المال إلا ألف دينار، ولم يترك وارثا إلا ابنا له، فيقول ابنه لغرمائه: خلوا بيني وبين هذا الألف دينار التي ترك أبي وانظروني بدين أبي سنتين وأنا ضامن لكم جميع دين أبي، قال: أرأيت إن كان معه وارث غيره وترك مالا لا يعرف أفيه وفاء أم لا؟

قلت له: قد سمعت منك قولان.

قال: فما هو؟

قلت له: إن كان فيه فضل كان بينه وبين ورثته على فرائض الله فلا بأس به، وإن كان فيه فضل كان له بما ضمن من النقصان فلا خير فيه.

قال: نعم.

قلت له: إنما أردت منك أنه وارث وحده ولم يترك إلا ألف دينار، وعلى أبيه ثلاثة

آلاف، فسأل الغرماء أن يؤخروه في الأجل على أن يضمن لهم ما نقص من المال.

فقال: أما مثل هذا فلا بأس به، وقد بلغني عن ابن هرمز مثل ذلك.

قال محمد بن رشد: رأيت لابن دحون أنه قال في هذه المسألة: إنها مسألة ردية لولا أن مالكا رحمه الله تبع فيها ابن هرمز ما أجازها لأنه أخذ عينا ليعطي إلى أجل أكثر منه، ولأنه ضمن ما على أبيه من دين، وذلك مجهول لا يدري ما يطرأ على والده من دين، فلو قدم غريم لم يعلم به للزمه أن يدفع إليه، ولو اشترط ألا أؤدي إلا دين من حضر لم يجز؛ لأن الغائب إذا قدم أخذ حصته منه بالحق، فكله مجهول، وكله غرر.

وقول ابن دحون هذا غير صحيح؛ إذ لا يصح أن يتأول على مالك ولا على غيره من أهل العلم أنه أجاز هذه المسألة اتباعه لابن هرمز وهو يرى أنه كمن أخذ عينا ليعطي إلى أجل أكثر منه، وليضمن ما يطرأ على المتوفى من دين، وهو مجهول؛ إذ لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقلد العالم العالم فيما يرى باجتهاده أنه خطأ، وإنما اختلفوا هل له أن يترك النظر في نازلة إذا وقعت ويقلد من قد نظر فيها واجتهد أم لا؟ ومذهب مالك الذي تدل عليه مسائله أن ذلك لا يجوز، فلم يتابع مالك رحمه الله في هذه المسألة ابن هرمز على قوله دون نظر، بل رآها جائزة لا بأس بها بنظره، وحكى ما بلغه عن ابن هرمز من إجازتها استظهارا لصحة نظره، واحتجاجا على من خالفه فيه، والوجه في ذلك: أن الألف دينار التي ترك المتوفى لم تدخل بعد في ضمان الغرماء فيكونوا قد دفعوها في أكثر منها إلى أجل بدليل أنها لو تلفت ثم طرأ للميت مال لكانت ديونهم فيه، وكانت مصيبة الألف من الوارث، فلما كانت الألف باقية على ملك المتوفى جاز أن يحل الوارث فيها محله ويعمل مع الغرماء فيها ما كان يجوز له أن يعمله معهم لو كان حيا، ألا ترى أنه لو فلس فلم يوجد له إلا ألف دينار وللغرماء عليه ثلاثة آلاف دينار لجاز أن يتركوا له الألف ويؤخروه بحقوقهم حتى يتجنبها ويوفيهم حقوقهم، ولم يكونوا إذا فعلوا ذلك قد أعطوا ألفا في أكثر منها إلى أجل، وإن كانوا قد ملكوا أخذ الألف؛ إذ لم يحصل بعد في ضمانهم، فكذلك حالهم مع الوارث لأنه إذا رضي بذلك فقد أنزل نفسه منزلته، وكأنه أحيا ذمته وأبقاها، فهذا هو الذي ذهب إليه مالك، والذي يدل على ذلك من إرادته أنه لم يجز ذلك لأحد الورثة إذا كانوا جماعة إلا على أن يكون الفضل بينهم؛ لأن تجارته في الألف التي تركها الغرماء في يده إنما هي على ملك المتوفى، فهذا وجه قول مالك في هذه المسألة، والله أعلم، وسيأتي في رسم البيوع من سماع أشهب مسألة من هذا المعنى سنتكلم عليها إن شاء الله، وبه التوفيق.

مسألة:

وسئل عن يتيم كان له مال عند رجل فاستهلكه وأفلس الرجل أترى أن يبدأ اليتيم؟

قال: بل أراه أسوة الغرماء.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن مال اليتيم إذا استهلكه صار دينا من الديون في ذمته، لا مزية له على سائر الديون، فوجب أن يكون أسوة الغرماء، ولا خلاف في هذا أعلمه عند أحد من العلماء، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كان له على رجل ذكر حقّ فضاع كتابه منه ونسي شهوده فاقتضاه فجحده بعض الحقّ وقال: ما لك علي إلا مائة دينار، وقال الآخر: بل لي عليك مائتا دينار، ولكن قد ضاع كتابي وما أحفظ ما أشهدت عليك فيه فيصالحه على أن يزيده على المائة ويحط عنه من المائتين، ثم يجد بعد ذلك كتابه وفيه أسماء شهوده فيقوم بذلك، أترى أن له عليه نقض ما كان صالحه عليه؟

قال: إذا عرف هذا من قوله فإني أرى ذلك عليه، وأرى أن يغرم له بقية حقه.

قال محمد بن رشد: قوله إذا عرف: هذا من قوله يريد إذا عرف من قوله قبل الصلح أن له ذكر حقّ قد ضاع منه وما يعرف شهوده، ففي هذا دليل على أنه إن لم يعرف ذلك من قوله فلا قيام له عليه في نقض الصلح، وذلك خلاف ما في كتاب الصلح من المدونة أنه إذا صالحه وهو لا يعرف أن له بينة فله أن يقوم عليه ببقية حقه إذا وجد بينته مثل ما في كتاب الجدار لمالك أنه إذا صالحه وهو جاهل ببينته أنه لا حقّ له، وقد يحتمل أن يكون معنى قوله: إنه إذا عرف هذا من قوله رجع ببقية حقه دون يمين، وإن لم يعرف ذلك من قوله لم يكن له أن يرجع عليه إلا بعد يمينه أنه إنما صالحه وكتابه قد ضاع وهو لا يعرف شهوده، فلا يكون على هذا التأويل في هذه الرواية دليل على خلاف ما في المدونة، بل يكون مفسرا له في إيجاب اليمين، وقد فرق في كتاب الجدار بين المسألتين، فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه إذا صالحه فلا رجوع له عليه بوجود ذكر حقه، ولا بعثوره على بينة لم يعلم بها.

والثاني: أن له الرجوع عليه في الوجهين.

والثالث: أنه يرجع عليه إن وجد ذكر حقه ولا يرجع عليه إن عثر على بينة لم يكن علم بها، وقد يحتمل أن يقال في هذه الرواية على ظاهرها: أنها ليست بخلاف لما في

المدونة، وإنما فرق بين المسألتين، فتأتي على هذا التأويل وهو تأويل ظاهر.

وفي المسألة قول رابع، وهي التفرقة بعكس ما في كتاب الجدار، ولا اختلاف في أنه إذا صالحه ثم أقر له بحقه أن له الرجوع عليه، ولا في أنه إذا صالحه وله بينة غائبة قريبة الغيبة يعلم بها أنه لا رجوع له عليه إذا قدمت بينته، واختلف إذا كانت بعيدة الغيبة فاستحلفه أو صالحه فلما قدمت بينته أراد القيام بها عليه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا قيام له عليه في الوجهين.

والثاني: أن له القيام عليه في الوجهين.

والثالث: أنه له أن يقوم عليه إذا استحلفه، وليس له أن يقوم عليه إذا صالحه، وهذا القول هو مذهب ما في المدونة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يكون له على الرجل الحقّ فيغيب شهوده ثم يطلبه فيجحده أياما ثم يدعوه إلى الصلح فيشهد في السر ويقول: إني إنما أصالحه لأنه جحدني وأخاف أن يذهب بحقي ولكن أصالحه، فإذا حضر شهودي قمت على حقي، أفترى ذلك؟

فقال: ما له تعجل يصالحه ثم يجيء يطلب هذا ويقول: إنما أردت كذا وكذا؟ فكأنه لم يرد ذلك له ورأى الصلح جائزا عليه فيما رأيت من تحسين قوله، قال ابن القاسم: وهو رأيي.

قال محمد بن رشد: لم يفرق في هذه الرواية بين أن يكون مغيب شهوده قريبا أو بعيدا، فالظاهر فيها: أنه لا ينتفع بالإشهاد في السر، وإن كانت غيبته بعيدة جدا خلاف ما في نوازل أصبغ من كتاب الدعوى والصلح أنه ينتفع بالإشهاد إن كانت غيبة شهوده بعيدة جدا، ويحتمل أن تتأول هذه الرواية على أن غيبة الشهود فيها ليست ببعيدة فلا يكون في المسألة اختلاف، وهو الأولى، ولا احتمال في أنه لا ينتفع بالإشهاد في السر إذا كانت بينته قريبة الغيبة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب يسلف في المتاع

وقال ابن القاسم: قال مالك في الرجل يهلك ويترك عرضا وعليه دين أكثر من عرضه فيقول بعض ورثته لأهل الدين: لا تكسروا عروضه ونحن نضمن لكم دينكم؟

قال مالك: لا أرى بأسا إن كانوا إن أصابوا في العروض فضلا عن الدين اقتسموه على فرائض الله فلا أرى به بأس، وإن كانوا لا يقتسمونه على فرائض الله فلا أحبه؛ يعني بذلك: الذين ضمنوه.

قال ابن القاسم: والناض مثل العروض.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أول الرسم الذي قبل هذا، فلا معنى لإعادته.

وقوله: وإن كانوا لا يقتسمونه على فرائض الله فلا أحبه معناه: وإن كانوا لا يقتسمونه على فرائض الله ويكون ذلك للذين ضمنوه فلا أحبه، وهو الذي أراد بقوله: يعني بذلك الذين ضمنوه.

وقول ابن القاسم: إن الناض مثل العروض يريد أنه مثله في أن ذلك لا يجوز إن كان الفضل للذين ضمنوا، وأما إن كان الفضل لجميع الورثة فالعروض أخف من العين، وهو جائز في الوجهين، وبالله التوفيق.

ومن كتاب كتب عليه ذكر حق

وسئل مالك عن رجل كان عليه دين فذكر في مال عنده أنه وديعة عنده؟

قال: إن كانت له بينة أو أتى بأمر يعرف فصاحبه أحقّ به من الدين إلا أن يأتي بأمر لا يعرف.

قال محمد بن رشد: قد مضى في آخر أول رسم من السماع أن إقراره بالدين جائز، فهو في الوديعة مثله أو أجوز، فيجوز إقراره بها إلا أن يأتي بأمر لا يعرف، وهو دليل قوله في هذه الرواية، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل هلك وعليه دين وترك مالا وعروضا فأراد ورثته أن يصالحوا امرأته ويخرجوها من الميراث؟

قال: إن كانت العروض معروفة لم يكن به بأس، وإن كان لا يعرف فلا أحبه، قال مالك: "إن عبد الله بن عمرو بن حرام أبا جابر بن عبد الله صاحب النبي صلى الله عليه وسلم كان استشهد يوم أحد، وإنه كان عليه دين رهقه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان الجذاذ فائت فآذني. قال: فآذنته، قال: فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه يده ودعا فيه، فكال منه لأهل دينه وبقي بعد ذلك مثل الذي كان فيه بعد قضاء الدين ".

قال محمد بن رشد: هذه مسألة مجملة يفسرها ما في كتاب الصلح من المدونة؛ لأن مصالحة الورثة المرأة على أن يخرجوها من الميراث اشتراه منهم لما يجب لها من الميراث فيما تخلفه الميت بعد تأدية الدين بوجوب إخراج الدين قبل الميراث بنصق قول الله عزْ وجل: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء آية ١١]، وبما فعله

رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما تخلفه أبو جابر الذي احتج به في الرواية مالك، فلا يجوز ذلك إلا بما يصح التتابع به، فإن لم يكن فيما تخلفه الميت بعد تأدية الدين دنانير ولا دراهم جاز أن يصالحوها بعرض من التركة وبما شاؤوا من أموالهم، وإن كان فيما تخلفه الميت بعد تأدية الدين دنانير ودراهم جاز أن يصالحوها بعرض من التركة ومن أموالهم، ولم يجز أن يصالحوها بدنانير ولا بدراهم من أموالهم ولا من التركة إلا أن يكون ذلك مثل الواجب لها من ذلك أو أقل، فتكون واهبة لبقية حقها، وهذا كله على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، وأما على ما في رسم البيوع من سماع أشهب فلا يجوز مصالحة الورثة للمرأة على حال من أجل الدين لقول الله عزْ وجل: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجلين اشتريا سلعة تعاقدا عليها، فلما أراد البائع أن يكتب الكتاب عليهما قال أحدهما لصاحبه: أنا أكتب الكتاب علي ولا تكتبه عليك حتى يكون خلوا إن أردت سفرا في متجرنا لم يمنع لمكان الدين، ثم كتب الكتاب على أحدهما، ثم باعا السلعة، فقال الذي لم يكتب الكتاب عليه: ادفع إليّ نصف الثمن، فأبى الذي كتب عليه الكتاب وقال: أنا ألزم بهذا الدين وأتخوف أن تأخذه فتفسده أو تقضيه غرماءك، فلا أدفع إليك منه شيئا، وغلبه على ألا يدفع إليه شيئا، فلما حل الأجل قال الذي عنده المال: سرق مني عشرة دنانير فهي بيني وبينك كما كان يكون الربح بيني وبينك أن لو جاء فيها ربح؟

قال: أرى أن يغرم العشرة التي كانت عنده الذي حبسها عن شريكه، ولو قال: إنها سرقت مني أو هلك المال كله لم ينفعه ذلك، ورأيته غارما لها إذا حبسها عنه.

فقيل له: افرأيت لو استعدى عليه أترى أن يدفع إليه نصف الحقّ الذي كان عليه للذي كتب عليه الحق؟

قال: لا أرى أن يدفع إليه منه شيئا.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة: أن أحد المشترين طاع لصاحبه أن يكتب جميع الثمن عليه من ثمن السلعة ونصفه حمالة عن شريكه فيها لئلا يكون للبائع أن يطالبه به فيمنعه من سفره، ومعنى ذلك: إذا أبرأه البائع ورضي باتباع الحميل دونه على اختلاف في ذلك، فقد قيل: إن ذلك يلزمه ولا يكون له عليه رجوع، وقيل: إنه لا يرجع عليه إلا أن يموت العميل أو يفلس، وقيل: إن له الرجوع عليه إن شاء وإن لم يمت ولا فلس، وقيل: إنه لا يعدى عليه حتى يبلى الغريم؛ لأنه حمالة وشرطه باطل،

فاحتبس المكتوب عليه جميع الثمن من أجل أنه كتب عليه مخافة أن يفسده ويتلفه فلا يجد له مالا يرجع فيه عليه إن أفضى عنه فصار متعديا عليه في إمساك حقه عنه، ووجب أن يكون ضامنا له، وأن لا يصدق فيما ادعاه من سرقته؛ إذ لو حاكمه وأراد أن يقبض حصته من الثمن من أجل أنه تحمل به عنه لم يكن ذلك له، وفي كتاب ابن حبيب: أن ذلك له، وهو بعيد؛ إذ لا سبيل للحميل على المحمول عنه حتى يؤدي عنه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله الشريكين

قال مالك في الغريم: إذا غاب وحل أجله وقام غرماؤه يريدون بيع ماله؟

قال مالك: أرى أن يبيع السلطان ماله ولا يستأنى به قدومه إذا قامت البينة وأرادوا حقوقهم فذلك لهم ولا يستأنى به حجته.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا يستأنى به قدومه ولا ينتظر به حجته صحيح لا اختلاف فيه أعلمه، وإنما الاختلاف هل يستأنى به مخافة أن يكون عليه دين لغير من قام به، فروى ابن وهب عن مالك: أنه لا يستأنى به لأن له ذمة بخلاف الميت الذي لا ذمة له، وهو ظاهر هذه الرواية؛ لأنه قال فيها: إذا قامت البينة وأرادوا حقوقهم فذلك لهم، ومعناه: بعد أيمانهم، وفي المدونة: أن الحي والميت سواء إذا كان معروفا بالدين لم يعجل بقضاء من حضر، وأوقف حتى استبرأ أمره ويجتمع أهل دينه أو يعرفوا فيضرب لهم بحقوقهم، قال: فهذه أعدل روايتهم، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك في رجل يباع ماله في دينه، قال مالك: على الوالي أن يستأنى بالعروض مثل الشهر والشهرين مثل الدور وما أشبه ذلك يستأنى بها ويتسوق بها ويطلب بها الأثمان، وأما الحيوان فيستأنى بها الشيء اليسير ولا يكون مثل العروض.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يستأنى بالعروض الشهر والشهرين مثل الدور لفظ مشكل لاحتمال أن يكون أراد أن العروض يستأنى بها الشهر والشهرين كما يستأنى بالدور، ويحتمل أن يكون قوله مثل الدور تفسير للعروض، فيكون معنى قوله: إن العروض التي هي الدور يستأنى بها الشهر والشهرين بخلاف الحيوان، ومثله في كتاب ابن المواز أن الدور يستأنى بها الشهر والشهرين، والعروض والحيوان يستأنى بها اليسير، محصل الاختلاف إنما هو في العروض هل يستأنى بها الشهر والشهرين مثل الدور أو الأيام اليسيرة مثل الحيوان، والعلة في الحيوان: أنه لا يستأنى بها إلا لشيء

اليسير هي ما يتكلف من الإنفاق عليها، وأما العروض فالذي يوجبه النظر فيها أن يستأنى بما كان رفيعا كثير الثمن منها الشهر والشهرين، وبما دون ذلك منها الأيام اليسيرة، ولا يستأنى بما كان يسير الثمن منها شيئا، ويباع من ساعته، مثل الحبل والدلو والسوط، وشبه ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب البز

وسئل عن رجل كان يبيع في السوق ويشتري من الناس، وكانت في يده تجارة ثم إنه تفالس، وزعم أنه أصيب به وشهد له ناس أنه ليس عنده شيء؟

قال: وكيف يعرف هؤلاء أنه ليس عنده شيء؟ ثم قال: فأين ما كان يرى عنده؟

قال: يزعم أنه أصيب به؟

قال: فأرى أن يسجنه ولا يعجل سراحه؛ يريد بذلك: أنه ملد ظالم يغيب أموال الناس، وإني لأرى لهؤلاء الذين يصنعون مثل هذا يتفالسون بالأموال من غير أمر يأتون به أن يقاموا من الأسواق ولا يتركوا يبيعون به، وأن يخرجوا منه فإنه لا يزال رجل منهم يعمل مثل هذا ثم يقعد بعد ذلك ويظهر له مال ومتاع، فأرى أن يخرجوا ولا يقروا في سوق المسلمين.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه من أخذ أموال الناس وتقعد عليها وادعى العدم، وأنه أصيب بماله وتبين كذبه؛ فإنه يحبس أبدا حتى يموت في السجن أو يؤدي إلى الناس أموالهم، ولا تقبل شهادة من شهد أنه ليس له مال إذا لم يعرف تلاف ماله، وقد قيل: إنه يضرب بالدرة المرة بعد المرة، وهو قول سحنون.

وأما من اتهم أنه قد خبأ مالا وغيبه فإنه يحبس حتى يؤدي أو يثبت عدمه فيحلف ويسرح، وأما من جهل حاله فإنه يحبس بقدر ما يتلوم له، ويختبر فيه حاله ويستكشف فيه عن أمره ثم يخلى سبيله وإن لم يثبت عدمه إذا لم يظهر يسره، وقدر ما استبرأ أمره فيه يختلف باختلاف الدين فيما روى ابن حبيب عن ابن الماجشون، فيحبس في الدريهمات اليسيرة قدر نصف شهر، وفي الكبير من المال أربعة أشهر، وفي الوسط منه شهران، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يقر لامرأته بالدين تكون قد أسلفته إياه فيما بينها وبينه ويقول: قد قضيتك إياه؟

قال مالك: الدين عندي مثل المهر؛ إن لم تكن له بينة غرم، وهو مخالف عندي لما

يشتري لها ويبيع لها ويقتضي لها إنما ذلك وكالة، فالرجل توكله امرأته ويدفع إليها ولا يشهد فيما باع لها ولا فيما ابتاع لها ولا فيما اقتضى لها، فليس في هذا إلا يمينه بعد، وهو مخالف عندي لما أقر به من السلف، وأرى إن لم يأت ببينة أن عليه غرم ذلك.

قال محمد بن رشد: قوله: وهو مخالف عندي لما يشتري لها ويبيع لها ويقتضي لها إنما ذلك وكالة تدل على أنه يحكم له بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وإن لم تثبت وكالته للعرف الجاري من تصرف الرجال لأزواجهم في أمورهن، وقد اختلف في الوكيل يدعي أنه دفع إلى موكله ما قبض له من غرمائه أو ما باع به متاعه على أربعة أقوال:

أحدها: أن القول قوله مع يمينه جملة من غير تفصيل، وهو قوله في هذه الرواية، وفي سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات، وفي المدونة.

والثاني: أنه إن كان لقرب ذلك بالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل: أنه ما قبض منه شيئا وعلى الوكيل إقامة البينة، وإن تباعد الأمر مثل الشهر ونحوه، فالقول قول الوكيل مع يمينه يحلف ويبرأ، وإن طال الأمر جدا لم يكن على الوكيل ولا على الزوج يمين، وهو قول مطرف عن مالك.

والثالث: أنه إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدا صدق دون يمين، وهو قول ابن الماجشون، وابن عبد الحكم.

والرابع: تفرقة أصبغ بين الوكيل على الشيء بعينه وبين الوكيل المفوض إليه، فالوكيل على الشيء بعينه غارم حتى يقيم البينة على الدفع وإن طال الأمر، والوكيل المفوض إليه يصدق في القرب مع يمينه وفي البعد دون يمين، فإن مات الوكيل أو الزوج يحدثان ما جرى ذلك على أيديهما كان ذلك في أموالهما إذا عرف القبض وجهل الدفع، وإن كان موتهما بغير حدثان ذلك وما يكون في مثله المخرج والقضاء والدفع فلا شيء في أموالهما وإن لم يعرف الدفع ولم يذكر، ولا خلاف عندي في هذا الوجه، وأما السلف والمهر فلا يصدق فيه على الدفع في قرب ولا بعد، وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع غلاما

وقال مالك في روايا زيت باعها صاحبها خمس روايا ثم إن صاحبها صبها في جرار ثم صب معها جرتين أخريين اشتراهما وقد اقتضى نصف ثمن الخمس روايا ثم فلس المشتري وقد باع بعض ذلك أو لم يبع، قال: إذا عرف ذلك أخذه إن وجده بعينه إن لم يبع منه شيئا إذا أبى الغرماء أن يدفعوا إليه حقه، وإن باع منه شيئا وقد اقتضى ردّ نصف

ثمن ما وجد مما اقتضى على حساب الرواية إذا لم يصبها وقد باع بعضها وبقي بعضها، وقد وصفناه في موضع آخر.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما مضى في رسم قطع الشجرة، وعلى ما في كتاب المأذون له في التجارة من المدونة أنه أحقّ بزيته إذا عرف أنه هو بعينه وإن خلطه مع غيره.

وقوله: وإن باع منه شيئا وقد اقتضى ردّ نصف ثمن ما وجد مما اقتضى على حساب الرواية إذا لم يصبها وقد باع بعضها وبقي بعضها كلام فيه التباس، ومراده به: أن ما باع من الروايا مفروض على الخمس روايا وعلى الجرتين اللتين صبهما معها، فإن كان باع منها جرتين وفيها راويتان وبقيت الخمس روايا عنده حتى فلس وقد اقتضى البائع نصف ثمن الخمس روايا كان البائع أحقّ بخمسة أسباع الخمس روسيا بعد أن يرد من الثمن الذي قبض نصف خمسة أسبابه ويحاصر الغرماء بنصف ثمن السبعين الفائتين بالبيع، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كان له على رجل دين بغير بينة، ثم إن الذي عليه الدين وقع له حقّ على الذي يسأله ولا بينة بينهما، فهلك الذي عليه الدين ولا دين لأحد عليه غيره، فأراد أن يكتم الدين الذي عليه بدينه الذي له حين عرف أن دينه لا يؤدى وحين لم تكن له بينة وحين عرف أنه إن أقر بما عنده أخذ منه؟

قال مالك: ما أرى أن يكتم ورثته ذلك، ولكن يخبرهم صدق ذلك ويلحقه من ذلك ما لحقه أو يغرم ما غرم.

فقلت له: يا أبا عبد الله أيحتسب الذي له ويؤدي؟

قال: نعم، وأخبرني عنه سعد بن عبد الله المعافري في الجلد مثل ذلك إلا أن يجحد من جحده ولم أحضره أنا.

قال محمد بن رشد: لم يجز له في هذه الرواية أن يكتم ما عليه ويقتطعه في الدين الذي له وإن لم يكن لأحد عليه دين سواه، وهو معنى ما في كتاب الوديعة من المدونة، وفي ذلك اختلاف كثير.

قيل: إن ذلك لا يجوز، وهو قوله في هذه الرواية، وفي المدونة، وقيل: إن ذلك له جائز، وهو قول أشهب، وابن وهب، وقيل: إنه له مكروه، وقيل: إنه له مستحب، وقيل: إن ذلك جائز إن لم يكن عليه دين، ولا يجوز له إن كان عليه دين إلا أن يأخذ مقدار ما

يصير له في المحاصة، وقيل: إنه يجوز له أن يأخذ مما دفع إليه بغير أمانة، ولا يجوز له أن يأخذ مما دفع إليه بأمانة، وقد مضى في سماع أصبغ من كتاب النذور القول على هذا المعنى أيضاً، فقف عليه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل رجل قال: ما كان لي على قرابتي من حقّ فهو لهم عند الموت فهلك وكان له عند رجل منهم قراض؟

قال: أراه له فيما يحضرني والذي أرى.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها نظر، وكان الأظهر ألا يكون قائما بيده لأنه له القراض إذا كان قائما بيده لأنه في أمانته فهو له عنده، ولا يقال: إنه له عليه إلا إذا كان قد استهلكه فثبت له في ذمته، ووجه ما ذهب إليه: أنه وإن كان له عنده فعليه أن يؤديه إليه؛ لقول الله عزّ وجل: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء آية ٥٨] فإذا وهبه ماله عليه من الحقّ في صرفه إليه وجب أن يكون له، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك: من مات وعليه دين يحيط بماله فإن الكفن مبدأ على الدين، قال: ومن كان له رهن في يد رجل ثم مات ولا مال له غير ذلك الرهن فلا يكفن منه، والمرتهن أحقّ به من الكفن.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، وقد تكررت في هذا الرسم بعينه من هذا السماع في كتاب الجنائز، ومضى القول عليها هناك مستوفى، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: صلى نهارا ثلاث ركعات

وسئل مالك عن رجل هلك وترك مالا ليس فيه وفاء من دينه فقال ابن له: أنا آخذ هذا المال وأضمن دين أبي؟

قال مالك: إن كان يضمن دين أبيه وما كان فيه من فضل رده إلى الورثة فلا بأس به إن شاء الله، وإن كان نقصانا كان عليه فلا بأس به، وإن كان يأخذه على أن يكون له الفضل بما ضمن من النقصان فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم أخذ يشرب خمرا فلا وجه لإعادته، وتكررت أيضاً بالمعنى في رسم يسلف في المتاع، وبالله التوفيق.

ومن كتاب تأخير صلاة العشاء

وسئل عن رجل أوصى في مرضه أن لفلان عليه أربعين دينارا، وأوصى مع ذلك أنه مصدق فيما قال، قال: فادعى الرجل أن له عليه خمسين دينارا؟

قال: أرى أن يحلف ويأخذ خمسين دينارا.

قال محمد بن رشد: قوله: أرى أن يحلف ويأخذ خمسين؛ يريد: يحلف على تحقيق دعواه في الخمسين دينارا، وقال ابن دحون: إنما ألزمه اليمين؛ لأن كل من اقتضى دينا من مال ميت أو مفلس فلا بد له من أن يحلف ولا تنفعه بينته إلا أن يسقط ذلك عنه الورثة أو الغرماء، ولو طرأ غريم غائب كان له أن يحلف من لم يحلف ويحلف هو أيضاً، وليس قول ابن دحون بصحيح؛ لأن هذه اليمين لا بد منها، ولا اختلاف فيها، وأما اليمين على تحقيق دعواه في الخمسين دينارا ففيها اختلاف وقع في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا في الرجل يوصي لرجال بديون لهم عليه فيقول: قد كنت أداين فلانا وفلانا فما ادعوه قبلي فهم فيه مصدقون إن ذلك يكون لهم بلا يمين يستحلفون بها على ما ادعوا فيحلف على هذه الرواية إن له عليه خمسين دينارا، وإنه ما قبضها ولا أسقطها عنه، وأنها لباقية له إلى حين يمينه، ويحلف على ما في رسم البز من كتاب الوصايا إنه ما قبض الخمسين دينارا التي صدقه المتوفى فيها ولا أسقطها عنه، وإنها لباقية له قبله إلى حين يمينه، والاختلاف المذكور في تحقيق دعواه في الخمسين جار على اختلافهم في لحوق يمين التهمة؛ لأن الورثة تتهمه في أن يدعي أكثر من ماله ولا تحقق عليه الدعوى بذلك، ولو حققت عليه الدعوى بذلك مثل أن يقول له: قد أقررت عندنا أنه لم يكن لك عليه إلا كذا وكذا للزمته اليمين قولا واحدا، ولم يسقط عنه الميت اليمين، وإنما أوصى أنه مصدق فيما يدعيه ولم يقل بيمين ولا بغير يمين، ولو قال: إنه مصدق دون يمين لما سقطت اليمين عنه بإسقاطه إياها عنه على ما في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة، ومن كتاب الوصايا حسبما سنبينه هناك إن شاء الله، وسيأتي في رسم أسلم من سماع عيسى، ورسم الوصايا الصغير من سماع أصبغ مسائل من هذا المعنى في التصديق في الدعوى نتكلم عليها إذا مررنا بها إن شاء الله، وقد مضى في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات في التصديق في الشهادة وبينا هناك الفرق بين التصديق في الدعوى وبين التصديق في الشهادة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل ابتاع طعاما إلى أجل من رجل فمات الذي عليه الحقّ فقيل للذي له الحق: خذ حقك، قال ذلك له الورثة، قال: لا حتى يحل حقي؟

قال: أرى أن يجبر عند موته على أخذه، وذلك أن مال الميت يباع، ولعله ألا يكون فيه وفاء، فأرى أن يجبر على ذلك، قال ابن القاسم في العروض: يجبر على أخذها عند الموت والفلس.

قال القاضي: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها؛ لأن الدين يحل على المتوفى بموته، ومن حقّ من عليه دين أن يؤديه عن نفسه، والله الموفق.

ومن كتاب أوله: اغتسل على غير نية

وسئل مالك عن الذي يوصي لرجل بدين فيطلب فلا يوجد ولا يعرف؟

قال: يتصدق به عنه.

قال مالك: ويقول اللهم هذا عن فلان.

قال محمد بن رشد: معنى قوله: ولا يعرف أي لا يعرف موضعه لأنه إذا لم يعرف فلا يصح أن يوجد، وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم حلف ليرفعن أمرا، فلا وجه لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى عند موته أن ينظر في كتبه فما كان له من حقّ قبض، وما كان عليه قضي، فلما مات أخرجت كتبه الذكور الحق، فإذا في ذكر حقّ منها ذكر حقّ فلان على فلان بأربعة عشر دينارا، وفيه شهود، وأسفل منه بخط يد صاحب الحقّ الميت: قبضت منه ثمانية دنانير مما في كتابي هذا، أعليه أن يحلف ويبرأ من الثمانية دنانير؟

قال مالك: ما أرى عليه من يمين، ولكن يؤخذ منه ما بقي بعد الثمانية بغير يمين.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن الشهادة على خط المقر كالشهادة على إقراره سواء عند من يجيز الشهادة في ذلك على الخط، والشهادة في ذلك جائزة على المشهور في المذهب لم يختلف في ذلك قول مالك، ولا قول أحد من أصحابه فيما علمت إلا ما يروى عن محمد بن عبد الحكم من أنه قال: لا تجوز الشهادة على الخط مجملا ولم يخص موضعا من موضع، وستأتي هذه المسألة في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى، وقد مضى من تحصيل القول في الشهادة على الخط في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ما فيه شفاء، وبالله التوفيق.

ومن كتاب مساجد القبائل

وسئل عن عبد كان تاجرا وأنه باع متاعا من التجار وكتب عليهم مكورات حق، وأنهم ادعوا أنهم قد دفعوا على سيده بعض ما كان له عليهم، قال: أرأيت سيده أكان يقتضي شيئا؟

قال: نعم قد كان السيد يقتضي، وقد كان العبد يقتضي.

قال: أما إذا كان يقتضي فإني أرى أن يحلف السيد فيما ادعي عليه، ويحلف العبد فيما ادعي عليه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إنه إذا كانا جميعا يقتضيان لزمت كل واحد منهما اليمين فيما ادعى عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر [(١)] "، ولو كان السيد لا يقتضي لم يجب عليه اليمين في دعوى الاقتضاء على القول بأن اليمين لا تلحق بمجرد الدعوى دون خلطة، وهو مذهب مالك رحمه الله وكافة أصحابه، وقد مضى القول في ذلك مستوفى في رسم القضاء المحض من سماع أصبغ من كتاب الأقضية، وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ١٦٥٠، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ٨٧، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٤١٣٦، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٦٩٠، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١١٤١، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٩٤٠، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٣٠٩١، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٥٤، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٩١٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٥١٢٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢١٠١، وأخرجه ابن أبي عاصم في الديات حديث رقم: ١٤١، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف حديث رقم: ٤٣٩، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ١٥١٥، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم٣٥٧١:، وأخرجه ابن حزم الظاهري في المحلى بالآثار حديث رقم: ٤١٣، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في الإنصاف فيما بين علماء المسلمين حديث رقم: ١٠، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٤٢٢٢، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٢١٥٧، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب حديث رقم: ١٠١٩، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٣٨٥.

مسألة:

وسئل عن الكري تكون له الإبل يحمل عليها وهو يدخلها تحتهم فيفلس وتحت أحدهم بعير منها، أتراه أحقّ به من سائرهم؟

قال: نعم أرى ذلك، قال ابن القاسم: وذلك رأيي.

قلت لسحنون: هل يكون أصحاب الكراء المضمون وغيرهم سواء، وكل واحد من أصحاب الحمولة أولى بما في يده من غيره؟

قال: نعم.

قلت: فلو أن الجمال احتاج فأراد أن يتسلف من بعض أهل الحمولة على أن يرهنه ما في يده من الإبل أيجوز ذلك وتراه رهنا مقبوضا محوزا؟

قال: نعم، ألا ترى أنه لو فلس الجمال كان كل واحد من هؤلاء أحقّ بما تحته من غيره من الغرماء ومن أصحاب الأحمال؟

قلت لسحنون: وأصحاب الأحمال أولى بما تحت أحمالهم من الإبل كما يكونون في المحامل؟

قال: نعم.

قلت: فإن أراد الجمال أن ينقل لذلك الإبل ويديلها بينهم وأبى ذلك أصحاب الأحمال؟

قال: لا يكون ذلك للجمال إلا عن رضى من أصحاب الحمولة، وهذا في الكراء وغيره سواء.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة معروفة لسحنون أجاز أن يرهنه ما تحته وهو في منافع الراهن، وهو بعيد، وكذلك أجاز أن يرهنه جملا تحت غيره يكون قبض راكبه له قبضا للمرتهن، وهو أبعد لأنه كان في قبض غيره ولم يحدث له قبض مستأنف للرهن، ولأنه في منافع الراهن وفي أجرة غيره فهو بعيد من حكم الرهن وأصله، وقد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في آخر سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل عن رجل كان لقوم عليه دين ولرجل منهم أربعة عشر دينارا ونصف، فأراد الخروج إلى موضع، فأراد قضاء دينه، فقضاه أربعة عشر دينار ونصفا دراهم؟

قال: لا خير فيه؛ هذا مكروه أن يعطى في نصف دراهم قبل محل الأجل، ولكن

يعطيه في ذلك عرضا.

قيل: فيعطيه دينارا ويأخذ منه نصفا فضة؟

قال: أحب إليّ أن يأخذ في ذلك عرضا، كأنه خففه لقلة النصف. قال ابن القاسم: ولا بأس به.

قال محمد بن رشد: إنما لم يجز إذا كان له عليه أربعة عشر دينارا ونصف دينار مؤجلة أن يأخذ منه قبل محل الأجل أربعة عشر دينارا وصرف نصف دينار لأنه لا يجوز له أن يأخذ دراهم عن ذهب لم يحلا أجلها لأنه يدخله صرف إلى أجل، وأجاز أن يأخذ منه أربعة عشر دينارا وعرضا بالنصف دينار، وفي ذلك نظر لأنه عجل له الأربعة عشر دينارا على أن باع منه العرض بنصف دينار، والبيع على تعجيل الحقّ لا يجوز لأنه يدخله ضع وتعجل؛ ألا ترى أنهما يتهمان على أن يعجل له الأربعة عشر دينارا على أن يأخذ منه بالنصف دينار عرضا لا يساوي إلا ربع دينار، فيكون قد عجل له حقه على أن يحط عنه منه ربع دينار، ولم يجز أن يأخذ منه خمسة عشر دينار ويدفع إليه بالنصف الزائد على حقه فضة لأنه صادفه في النصف دينار على أن يعجل له الأربعة عشر دينارا ونصف التي كانت له عليه، وذلك لا يجوز لأنه يخاف أن يكون زاده في صرف نصف المثقال لموضع التعجيل فيدخله ضع وتعجل، وقد يدخله أيضاً ذهب نقدا بفضة نقدا وذهب إلى أجل؛ لأنه أعطاه خمسة عشر مثقالا نقدا على دراهم معجلة وعن ذهب مؤجل، وخفف إذا أخذ منه خمسة عشر دينارا أن يدفع إليه بالنصف دينار الزائد على حقه عرضا وإن كان يدخله ضع وتعجل؛ لأنه يخاف أن يكون أعطاه في النصف دينار عرضا قيمته أكثر من نصف دينار على أن يعجل له حقه إلا أنه استخف ذلك لخسارته، ولم ير ابن القاسم به بأسا، وقد كرهه مرة، ووقع اختلاف قوله في ذلك في سماع أبي زيد من كتاب الصرف، وقد مضى القول على ذلك هنالك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: مرض وله أم ولد

وسئل مالك عن رجل خالط رجلا بمال فكان لأحدهما قبل صاحبه فضل، ثم إن الذي غاب بفضل غاب وذهب ولا يعرفه صاحبه بنسب ولا دار إلا الاسم؟

قال مالك: يتصدق به عنه ويقول حين يتصدق: اللهم هذا عن فلان لمكان الذي له عندي، فإن جاء بعد ذلك دفع إليه حقه.

قال محمد بن رشد: قوله: يتصدق به عنه معناه: إن شاء؛ إذ لا يلزمه ذلك مخافة أن

يأتي فيلزمه غرمه إذ هو ثابت في ذمته لا يبرأ منه إلا برده لربه أو بأن يرفع ذلك إلى الإمام ويدفعه إليه فيوقفه الإمام له.

وقوله: ويقول حين يتصدق به عنه: اللهم هذا عن فلان معناه: أنه يقول ذلك في نفسه؛ لأن النية تكفيه في ذلك، وليس عليه أن يحرك بها لسانه.

وقوله: إنه إذ جاء بعت ذلك دفع إليه حقه صحيح لا يدخل فيه الاختلاف الحاصل بين أهل العلم فيمن تصدق باللقطة بعد التعريف هل يضمنها لصاحبها ألم لا؛ لأنها ليست في ذمته بخلاف هذا، وقد جاء في الحديث: أن شأنه بها [1] "، وبالله التوفيق.

ومن كتاب سن رسول الله ﷺ

وقال مالك في الذكر حقّ يكتب ويكتب فيه: ومن جاء بذكر الحقّ اقتضاه فيأتي به غير صاحبه؟

قال: لا أرى أن يدفع إليه شيئا إلا بوكالة؛ لأني لا أدري بما وصل ذلك الكتاب إليه، لعله وجده وقد سقط من صاحبه أو ما أشبه ذلك، فلا أرى أن يعطى إلا بوكالة.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما يأتي في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب، وهي مسألة صحيحة لا اختلاف فيها للمعنى الذي ذكره في الرواية وبينه فيها بإشهاد صاحب الحقّ أن من جاء بذكر الحقّ اقتضاه غير عامل بخلاف إشهاده للذي عليه الحقّ أنه إن جاء به فقد برئ، وقد مضى القول على ذلك في أول رسم من السماع، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل جحد رجلا حقًّا له فأراد صاحب الحقّ أن يستحلفه: ما أسلفتك شيئا، وقال الآخر: أحلف لك: ما لك علي شيء.

قال: أرى أن يحلف مالك عندي شيء، وما الذي ادعيت علي إلا باطلا؛ فإن أبى أن يحلف حلف صاحب الحقّ واستحق حقه، وقال هذا مورك، قال أصبغ: حضرت ابن القاسم وقد حكم أن يحلف ما أسلفه شيئا.

قال محمد بن رشد: قول مالك: إنه يحلف ماله عنده شيء وما الذي ادعى عليه إلا باطلا هو في المعنى مثل ما في المدونة في الشهادات منها، ومثل ما حكى أصبغ

---

(١) أخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٥٦٦، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٥٦٤٥.

أنه حضر ابن القاسم، وقد حكم بأن يحلف: ما أسلفه شيئا لأن حلفه: ما الذي ادعى عليه إلا باطلا يستغرق كل دعوى ويكفي من كل لفظ، وقد قيل: إنه يقبل منه أن يحلف: ماله عنده حق، وقع الاختلاف في ذلك في آخر سماع أصبغ من كتاب النذور، وفي غيره من المواضع، والأظهر أنه لا يقبل منه إلا أن يحلف: ما أسلفه شيئا؛ لأن الطالب يقول بمفهوم قوله: إنه يريد أنه قضاني، وهو لو صرح بأنه قضاني لكان القول قولي إني ما قبضت منه شيئا، فيريد أن يأتي بكلام يتأول فيه أن يكون القول قوله في القضاء، وهو قوله: مالك عندي شيء وما أشبه ذلك من الألفاظ، والأصل عندي في هذا الاختلاف اختلافهم في اليمين هل هي على نية الحالف أو على نية المحلوف له، فمن رأى اليمين على نية الحالف قبل من الحالف أن يحلف: ما له قبله حقّ لأنه يقدر إن استحلفه ما أسلفه فشيئا أن ينوي أنه ما أسلفه شيئا هو عليه باق له فلا يكون كاذبا في يمينه كما للحلف ما له قبله حق، فلما كان يقدر على هذا لم يكن لإيجاد اليمين عليه أنه ما أسلفه شيئا كبير فائدة، ومن رأى اليمين على نية المحلوف له لم يقبل من الحالف إلا أن يحلف ما أسلفه شيئا لأنه إن حلف على ذلك وقد كان أسلفه فقضاه كان آثما كاذبا، فلزم ذلك لينكل عن اليمين فيكون القول قول الطالب، وبالله التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك

من كتاب الأقضية الثاني

قال سحنون: قال لي أشهب: سئل مالك عن الذي يستدين فيزرع وقد استأجر فيه أجراء ثم يعجز فيه فيستدين ثم يفلس؟

قال: يبدأ صاحب الدين الآخر فالآخر، وإنما يكون ذلك إذا فلس ولم يكن له شيء يحيي به الزرع فاستدان في عمله وحياته، فالآخر يبدأ وهو خير للذي قبله أحياه له ولم يدعه يموت، فإن فضل فضل أخذه وإلا فلا شيء له لأنه كان يموت ويذهب، وكذلك إن كان الأجراء قبل أو جروا فإنه يبدأ الآخر.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة: أنه استدان دينا فزرع به زرعا واستأجر في عمل الزرع أجراء بدين فعمل الأجراء ما استأجرهم عليه ثم عجز عن بقية عمل الزرع فاستدان دينا آخر فاستأجر به أجراء على بقية عمل الزرع فيبدأ الدين الأخير على الدين الأول وعلى إجارة الأجراء، فإن فضل فضل عن الدين الآخر بدىء فيه الأجراء على الدين الأول، وهي مسألة صحيحة على معنى ما في الرهون من المدونة في الزرع

يرتهن فيخشى عليه الهلاك فيأخذ الراهن من رجل آخر مالا فينفقه فيه أن الأخير يكون أحقّ بالزرع، فإن فضل فضل كان للمرتهن الأول، وعلى قياس القول الأول فإن أجير السقي أحقّ بالزرع من الغرماء، وقد اختلف في ذلك فقيل: إنه أحقّ في الموت والفلس، وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وقول ابن الماجشون، وأصبغ في الواضحة، وقيل: إنه أسوة الغرماء في الموت والفلس جميعا، وهو قول المخزومي، وقيل: إنه أحقّ في التفليس دون الموت، وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، والقياس قول المخزومي لأنه لم يبع منه الزرع فيكون أحقّ به، وإنما باع منه منافع قد استهلكت، ولكلا القولين الآخرين وجه من النظر، وذلك أن الزرع لما كان ناميا بسقي الأجير صار كالبائع له ويده عليه إلا أنه في أرض المستأجر المفلس، فمن غلب كون يده عليه رآه أحقّ به في الموت والفلس، كمن باع سلعته ففلس المبتاع قبل قبضها، ومن غلب كونه في أرض المستأجر رآه أحقّ به في الفلس دون الموت، كمن باع سلعة ففلس المبتاع بعد قبضها وهي قائمة بيده، وكذلك اختلف أيضاً في ربّ الأرض إذا فلس المشتري هلا يكون أحقّ بالزرع أم لا على هذه الثلاثة الأقوال؛ لأن المعنى فيها جميعا سواء؛ واختلف على القول بأن كل واحد منهما أحقّ إذا اجتمعا، فقيل: إنهما يتحاصان، وقيل يبدأ ربّ الأرض، وقيل: يبدأ الأجير، فإن كان الزرع مرهونا كان المرتهن أحقّ من الغرماء بما فضل عن ربّ الأرض وأجير السقي على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، فعلى هذا إذا اكترى الرجل أرضا فزرع فيها زرعا فخشي عليه الهلاك فاستأجر على سقيه، ثم عجز عنه أيضاً فاستأجر على سقيه وإحيائه آخرين، ثم رهنه فإنه يبدأ الساقي الآخر على الأول، والأول على المرتهن، والمرتهن على سائر الغرماء، ورب الأرض على ما ذكرناه فيه من الاختلاف يحاص الأجراء الأولين في قول، ويكون أحقّ منهم في قول، ويكونون أحقّ منه في قول، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة، ومعنى قوله وكذلك إن كان الأجراء قبل أوجروا فإنه يبدأ الآخر يريد أن الأجير في الزرع وإن كان الحكم فيه أن يكون أولى بالزرع من الغرماء فلا يكون في هذه المسألة أولى من الغرماء الآخرين بل يبدأ الغرماء الآخرون عليه؛ لأن الزرع إنما حيي بأموالهم إذا كان صاحبه قد عجز عنه، فكما يبدأ الغريم على الغريم من أجل أن الزرع إنما حيي بالدين المتأخر فكذلك يبدأ على الأجير من أجل ذلك، وقد وقع في كتاب ابن المواز لمالك أن الأول من الأجراء يبدأ على الثاني، وهو بعيد، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عمن أتى على امرأة بذكر حقّ بعد موتها فيه العجوة في السطر ولم يأت على الذكر حقّ بشهادة إلا كاتب الصحيفة يشهد أنه يعرف كل ما في الكتاب إلا تسمية العجوة إنه ليس كتابه، وقد محي، ولا أدري أعجوة هو أم لا؟

قال ابن القاسم: قال مالك: أما أنتم فلستم تحلفون إنه غير عجوة، فأرى أن يحلف مع شاهده إنه عجوة، وإن هذا الحقّ له، ثم يعطيه.

قال محمد بن رشد: قوله: أما أنتم فلستم تحلفون إنه غير عجوة معناه: أما أنتم فإذا لم تحلفوا إنه غير عجوة فأرى أن يحلف مع شاهده إنه عجوة؛ لأن القول قولهم: إنه غير عجوة؛ لأنه لما ثبت له شاهد بالعدة وأنها تمر قيل له: احلف مع شاهدك على صحة ما شهد به، ثم يقال للورثة: احلفوا علي أي صنف من التمر تقرون به، فإن حلفوا على صنف ما أخذه، ولم يكن له غيره، وإن لم يحلفوا قيل له: احلف على أي صنف تدعيه وخذ، فتكون يمينه يمينا واحدة على الصنف، وعلى أن شاهده شهد بحق، وعلى أنه لم يقبض ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل مالك عن رجل جاء بسفينة له، فاشترى من هذا قمحا فصبه فيها، ثم اشترى من هذا قمحا فصبه فيها حتى اشترى من رجال فصبه في السفينة كله ولم يدفع إليهم من الثمن شيئا حتى فلس، فتراهم أحقّ بقموحهم من الغرماء؟

قال: نعم؛ إن علم ذلك اقتسموه بينهم بالمكيلة على الحصص.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على معنى ما في المأذون له من المدونة، وعلى ما مضى في رسم باع غلاما وغيره من سماع ابن القاسم، ولو نقص الكيل وكان من نقصان المركب كان بينهم على الحصص ولم يكن على المفلس شيء بخلاف إذا نقص ببيع أو تلف أو استهلاك، فإنهم يكونون أسوة الغرماء بما ناب ما نقص من الثمن، ولو زاد القمح من نداوة البحر كانت الزيادة بينهم على قدر ما لكل واحد منهم، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل فقيل له: قلت في الذي يكتب في ذكر حقّ ومن قام بذكر الحقّ اقتضاه به ثم يجيء به رجل أنه لا يقتضي ما فيه إلا بوكالة يقيمها؟

فقال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، وقد تقدمت والعلة فيها في رسم من سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وسئل عن الرجل يتعين في عطائه فيحبس العطاء وله مال فيه وفاء بما عليه من تلك العينة أنأخذ ذلك من ماله؟

قال: لا أرى ذلك.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة في آخر السماع، والمعنى فيها: أنه حكم للعطاء بحكم الدين الثابت في الذمة في أن مصيبته ممن اشتراه إن مات الذي عليه الدين أو فلس، ومعنى ذلك في العطاء المضمون، فإذا تعين على هذا في العطاء بأن يشتري سلعة بدين على أن يقضيه من عطائه إذا خرج فلم يخرج بطل حقه، وإن خرج بعضه حل عليه من الدين بحساب ما خرج منه على ما يأتي في آخر السماع، وكذلك لو اشترى العطاء فلم يخرج لم يكن له على هذا القول شيء، وقد قيل: إنه إذا تعين في عطائه أو باعه كان ذكر العطاء كالأجل وتعلق ذلك بذمته إن لم يخرج العطاء أو مات قبل خروجه، وهو اختيار محمد بن المواز، وقول مالك في رواية أشهب عنه في الواضحة، وهذا القول يأتي على قياس قول غير ابن القاسم في المدونة في الذي يشتري السلعة بدنانير له غائبة أنه ضامن لها إن تلفت وإن لم يشترط الضمان، ويأتي على قياس قول ابن القاسم في هذه المسألة ألا يجوز التعيين في العطاء إلا بشرط الحلف، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع لا يجوز إلا بشرط الضمان لمن لم يخرج العطاء.

والثاني: أنه جائز والحكم يوجب الضمان.

والثالث: أنه جائز ولا يلزمه الضمان.

وأما العطاء الذي ليس بمضمون فلا يتعين فيه حقّ من ابتاعه أو تعين فيه باتفاق، ويختلف هل يجوز ذلك بغير شرط الحلف أم لا على قولين، ويحتمل أن يلفق بين الروايات بأن تحمل هذه الرواية على العطاء المضمون، وما في الواضحة، واختيار ابن المواز على العطاء الذي ليس بمأمون، فلا يكون في المسألة اختلاف إلا في جواز البيع ابتداء بغير شرط الخلف في العطاء الذي ليس بمأمون، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن كان له على رجل مال فلقيه ومعه سلعة يبيعها فأراد شراءها منه، فقال له

البائع: إني أخاف أن تقاضني بثمنها وأنا إنما أريد أن أبيعها لحاجة كذا وكذا، قال: فإني لا أقاضك بثمنها، فاشتراها منه على ذلك، ثم أراد مقاضته بثمنها وللناس عليه ديون سوى دينه كثرة إلا أنه لم يفلس، أترى أن يقاضه؟

قال: نعم أرى ذلك له إن ألح على ذلك.

قيل له: إنه قد اشترى على أن لا يقاضه وعلم أنه إنما يبيعها لأمر سوى أمره فاشتراها على ذلك؟

فقال: أرى ذلك له وهو يقول: إنما اشتريت منك لأقاضك ولأستوفي حقي من تحت يدي؛ فإني أرى ذلك، فروجع فيها فقال: قد أنبأتك بالذي قبلي.

قال الإمام القاضي: قد اختلف وجوب الحكم بالمقاضة، فقيل: إنه لا يحكم بها، وهي رواية زياد عن مالك، وظاهر مسألة كتاب الصرف من المدونة، والمشهور أنه يحكم بها، واختلف على هذا القول إذا بايعه بشرط ألا يقاضيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: هذا أن الشرط غير عامل.

والثاني: أنه عامل.

والثالث: أن البيع فاسد إذا كان الدين حالا؛ لأنه إذا اشترط ترك المقاضة، فكأنه شرط أن يؤخره بالدين فيدخله البيع والسلف؛ فإذا قلنا: إن البيع جائز والشرط عامل فيلزمه أن يؤخره قدر ما يرى؛ لأن قوله: لا أقاصي بمنزلة قوله أؤخرك؛ إذ لا يكون له أن يترك مقاضته ثم يطالبه برده إليه في الحين، كالذي يسلف الرجل سلفا حالا ثم يطالبه بأدائه في الوقت، وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفى في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب النذور، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كان له على رجل دين فقضاه إياه وأشهد على ذلك شاهدين، فأقام شهرا ثم جاءه يتقاضاه الدين، فقال له: قد قضيتك وأشهدت عليك بذلك فلانا وفلانا، فقال: ما قضيتنيه، فقال له أتحلف وأعطيكه؟ فقال له نعم أحلف، فحلف فقضاه إياه، فلما حلف أراد أن يأتي عليه بالشاهدين أترى ذلك له عليه بعد يمينه ورضاه بها؟

قال: نعم فليأت بهما.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في كتاب ابن المواز من رواية ابن عبد الحكم عن مالك، وفي الثمانية من قول مطرف، وابن الماجشون، وزاد ابن الماجشون أنه أثم حين ألجأه إلى اليمين بالباطل وبينته حاضرة يعلمها، وفي الواضحة لمطرف، وابن

الماجشون خلاف قولهما في الثمانية مثل ما في المدونة أنه لا قيام له إذا استحلفه وهو عالم ببينته تاركا لها.

وجه هذا القول: أنه قد رضي بيمين صاحبه وإسقاط بينته فيلزمه ما رضي به.

ووجه القول الآخر: أنه يقول لم أرض بيمينه وإسقاط بينتي، وإنما قلت له وأنا أظن به أنه لا يجترىء على اليمين بالباطل، ولو علمت أنه يجترىء على اليمين لما مكانته منها، فلا يدخل هذا الاختلاف في الصلح؛ وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم أخذ يشرب خمرا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن النساج يفلس أو الصائغ، فيخرج النساج الغزل فيقول: هذا لفلان، أو يخرج الصائغ السبيكة فيقول: هذه لفلان؟

فقال: لا، إلا أن يأتي صاحب الحلي بشبهة بشاهد.

قيل: إنما أعطاه حليا فجاءه بسبيكة فقال هذه لفلان وهذه لفلان؟

فقال ليس هو في ذلك بمصدق يقال له: أفسدت أمانتك، ولعلك أن تكون تخص صديقك أو تؤاتي هذا ليرد عليك، فلا أرى ذلك له عليه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، ومضى القول فيها أيضاً مستوفى في رسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم من كتابه تضمين الصناع، وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع

وسئل عمن توفي وترك عليه مائتي دينار دينا وستين دينارا، وترك من العين مائتي دينار بيع فيها متاعه وما كان له، فقال ابن الميت: أنا أدفع إليكم ما نص وأتحمل لكم بنصف ما بقي وتحللوا أبي من نصفه.

فقال: ما يعجبني هذا ولا أحبه، وإنما يجوز هذا بأن يقر مال أبيه بيده ويتحمل بدينه كله، يكبر الصغير وينمو ويصلح ما في يده، ولا يكون ما فضل له ولكن يكون للورثة معه، فهذا الذي يصلح ويجوز، فأما أن ينص المال ويبيع المتاع ويصير عينا فيدفعه إليهم ويصالحهم فيما فضل على أن يتحمل لهم بالنصف ويوضع عن أبيه النصف فلا يعجبني هذا.

قلت: أرأيت إن أسلم له كل شيء وتحمل به، ثم جاء بعد هذا الدين دين آخر، فقال الغريم الذي طرأ: أنا أغرمك أيضاً قد تحملت عن أبيك، وقال هو: إنما تحملت بهذا

الدين الذي قد علمت؟

فقال: أرى ذلك لازما له أن يغرم لهم.

قال محمد بن رشد: هذا بيان على ما قاله: أنه إذا أعطى الابن الغرماء ما نض من مال الميت وصالحهم في الباقي على أن يتحمل لهم بنصفه ويضعوا عن أبيه النصف لم يجز، ووجه الكراهة في ذلك: أنه إن جاء غريم آخر لم يعلم به كان له أن يدخل على الغرماء فيما قبضوه فيحاصهم في ذلك بجميع دييه إذ لم يضعوا عن الميت منه شيئا، ولا يكون لهم أن يضربوا معه بجميع دينهم؛ إذ قد وضعوا عن الميت نصف ما كان بقي من حقوقهم، فيكون من حجتهم حينئذ أن يقولوا: لو علمنا أنه يطرأ علينا من يدخل معنا فيما صار إلينا ويحاصنا فيه بجميع دينه لم نرض أن نحط عن الميت شيئا لما في ذلك من انتقاص حقوقنا، فكان في هذا قولا وحجة، فإذا لم تلزمهم الوضيعة لم يلزم الابن الضمان وانتقد الصلح، ويجوز أن يضمن الابن جميع دين أبيه أو نصفه أو ثلاثة أرباعه على أن يقر المال بيده عرضا كان أو عينا، وعلى أن يدفعه إليهم أيضاً إذا لم يشترط عليهم وضيعة شيء مما بقي من حقوقهم للعلة التي ذكرناها من طرو غريم لم يعلم به، فلا دليل في قوله: وإنما يجوز هذا بأن يقر مال أبيه بيده ويتحمل بدينه كله فيكبر الصغير وينمو ويصلح ما في يده، على أنه لا يجوز أن يتحمل بالبعض، ولا على أنه لا يجوز إذا دفع إليهم ما اجتمع في تركة الميت أن يتحمل بالباقي في كله، أو بما شاء منه إذا لم يشترط عليهم وضيعة شيء من حقوقهم، وقد مضى في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم وجه جواز دفع مال الميت إلى ابنه بشرط ضمان ديون غرمائه فلا معنى لإعادته، وإذا دفع إليه مال أبيه على أن يضمن للغرماء حقوقهم فطرأ غريم لم يعلم به لزمه ضمان دينه، ولو اشترط ألا يضمن دين من طرأ لم يجز إذا كان الضمان على أن أسلم إليه مال الميت ولو لم يسلم إليه مال الميت، ودفع إلى الغرماء لكان له أن يضمن لهم أو لمن شاء منهم دون من يطرأ، لأنه متطوع بالضمان، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن كان له على رجل دين حال فقال له: عجل لي سبعين دينارا ولك تأخير غيره إلى خمسة أشهر، فجاءه فكتب عليه وأخذ السبعين، ثم قال: إني أراك أحب إليك لو وضعت عنك وعجلتني، فقال: إي والله ولكن لم أطمع بذلك، فقال: فأنا أفعل فانقدني مالي؟

قال مالك: بعدما وجب ذلك وكتبه لا يصلح ذلك، فإن كان ذلك عند المراوضة قبل وجوب ذلك فلا أرى بذلك بأسا، وإن كان بعد وجوبه ووقوعه فلا خير فيه، ولكن أي شيء أعطاه في تلك الذهب؟

فقيل: طعام.

فقال: لو أخذ منه ثيابا أو دواب ولا يضع له بعضا ويأخذ بعضا يتعجله، وإن كان ثمن ذلك الثياب والدواب أقل مما اشتراها به، ولا يأخذ منه طعاما ولا إماما وإن كانت حالة.

قيل له: أرأيت إن أخذ من صنف طعامه أقل منه؟

فقال: لا يأخذه، يدخلون في الأمور حتى يغيروها عن حالها التي كانت عليها.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إنه إذا أخذه ببعض ما كان له عليه من الدنانير فلا يجوز له بعد ثبوت التأخير أن يضيع عنه منه على أن يعجل له، ويجوز له إن كانت الدنانير التي أخره بها من ثمن الطعام أن يأخذ منه بها قبل محل الأجل ثيابا أو دواء قيمتها أقل مما كان له عليه، ولا يجوز له أن يأخذ منه طعاما مخالفا للطعام الذي باعه ولا أفضل ولا أكثر عددا، واختلف هل يجوز له أن يأخذ أقل من كيل طعامه أو أدنى في الصفة، فلم يجز ذلك في هذه الرواية، وأجازه في غيرها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل له على رجل عشرة دنانير فجحده إياها فأتى عليه بشاهد واحد، فقيل له: احلف مع شاهدك وخذ حقك، فكره اليمين وخلا بغريمه فقال له: إني قد علمت أنك لم يدعك أن تجحدني إلا العشرة فاطرح عني اليمين وأنا أكتبها عليك إلى سنة؟

فقال: ما هذا بحسن؛ أرأيت لو قال أعطيك قرضا؟

قال محمد بن رشد: قول مالك هذا: إنه لا يجوز له أن يطرح عنه اليمين على أن يؤخره بالعشرة دنانير هو على أصله في المدونة، بدليل قوله في كتاب الصلح منها: إن الرجل إذا ادعى على الرجل مائة دينار فصالحه منها على خمسين إلى أجل إن ذلك جائز إذا كان مقرا؛ لأن العلة في أن ذلك لا يجوز عنده إذا كان منكرا إسقاط اليمين عنه على أن يؤخره؛ إذ من حقّ المدعى عليه أن ينكل عن اليمين فيردها على المدعي، فيكون إنما أخره ليسقط عنه اليمين، خلاف قول ابن القاسم: إن ذلك جائز وإن كان منكرا، وقوله أظهر؛ لأن الأيمان إنما هي شرع تعبد الناس بالحكم بها في الظاهر وهي

غير واجبة في الباطن؛ إذ لو كشف لنا عن حقيقة الأمر لم تكن ثم أيمان، فالمدعي يعلم إذا كان محقا أنه لا يمين عليه، وأن تحليف المدعى عليه إياه بصرف اليمين عليه ظلم له، فلم يسقط عن نفسه بالتأخير شيئا واجبا عليه، فالذي أقول به في هذه المسألة: أن تأخير الحقّ عنه على أن يسقط عنه اليمين جائز إن كان المدعى عليه يعلم وجوب الحقّ عليه، وغير جائز إن كان يشك في ذلك؛ لأن من حقه أن يحلفه إذا كان يشك فيما يدعيه قبله، ولا يحل له ذلك إذا علم أن الحقّ قبله، ووقع في سماع أشهب من كتاب الحمالة والحوالة مسألة قال فيها بعض الشيوخ: إنها معارضة لرواية أشهب هذه، وهي أنه سئل عمن كانت له على رجل مائة درهم فسأله أن ينظره ويتحمل له بها حميل، فقال: لا بأس بذلك؛ ولا تعارض عندي بين المسألتين؛ لأن المعنى فيهما مختلف، ووجه جواز تأخيره لحقه على أن يتحمل له به جميل هو أنه لو شاء أخذ منه حقه معجلا، فإذا أخره به على أن يتحمل له به حميل فهو بمنزلة ما لو أسلفه إياه ابتداء على أن يأخذ منه به حميلا، ولو كان معسرا إن قام عليه لم يجد عنده إلا بعض حقه لما جاز أن يؤخره بالجميع على أن يعطيه به حميلا، والله الموفق.

ومن كتاب الوصايا

وسمعته يسأل عن الرجل يوصي فيقول: لي عند فلان كذا وكذا؟

فقال: يحلف المدعى عليه، وإن أبى أن يحلف غرم.

قيل له: أيحلف من غير مخالطة؟

قال: ليس في هكذا مخالطة ولا شيء.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المدعى عليه يحلف من غير مخالطة صحيح؛ لأن الورثة لا يعلمون من يشهد لهم بالخلطة، وهذه المسألة هي إحدى المسائل الخمس التي يجب اليمين فيها دون خلطة، وقد مضى القول فيها في سماع أصبغ من كتاب الأقضية، وسواء ادعى الورثة معرفة الدين قبله أو قالوا: لا ندري إلا ما ادعاه موروثنا، وأما قوله: وإن أبى أن يحلف أغرم، فمعناه ك بعد أيمان الورثة إن ادعوا معرفة الدين قبله، وبالله التوفيق.

ومن البيوع الأول

وسئل مالك عمن توفي وترك مالا قيمته ألفا دينار وترك مائتي دينار دينا عليه، وقام بعض الورثة فباع بعض الأموال لنفسه وقال فيما بقي وفاء لما عليه من الدين؛ قال: لا يجوز ذلك البيع ويفسخ، ولا ميراث لأحد حتى يقضى الدين، ولعل تلك الأموال

ستهلك، فأرى هذا البيع مردودا لقول الله عزّ وجل: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: آية ١١]، ولعل تلك الأموال ستهلك قبل أن تباع ويقضى الدين، وما يقال: إنه يبلغ ألف دينار لا يباع إلا بمائة.

قلت: أرأيت إن استقام ذلك وجاء الأمر على العافية أيجوز ذلك البيع؟

فقال: لا أرى ذلك يجوز وأرى أن يرد.

قال محمد بن رشد: رواية أشهب هذه أن البيع لا يجوز ويفسخ وإن كان بإذن جميع الورثة من أجل الدين؛ لقوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: آية ١١] خلاف ما مضى في رسم كتب عليه من سماع ابن القاسم من أن مصالحة الورثة المرأة قبل تأدية الدين جائزة، وخلاف ما في كتاب المديان من المدونة في أن بيع الورثة للتركة إذا لم يعلموا بالدين جائزة، فالبيع والقسمة في شيء من التركة قبل تأدية الدين على رواية أشهب هذه مفسوخ لمطابقة النهي له بمخالفة أمر الله فيه لقوله: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: آية ١١] لا خيار للغرماء في إجازته، وذلك جائز على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك إذا وفوا الدين من أموالهم أو من بقية التركة، وعلى هذا يأتي قول مالك في الذي يحلف بعتق رقيقه ليقضين غريمه إلى شهر فيمنع من بيع رقيقه حتى يقضي أنه إن باع منهم وقضى الحقّ من ثمنهم قبل الأجل لسلم من الحنث، واضطرب قول ابن القاسم في انتقال القسمة إذا كانوا قد قسموا جميع التركة ثم طرأ دين فأبقوا أن يخرجوه من أموالهم، وفي هذا تفصيل قد ذكرته في غير هذا الكتاب، وهو كتاب المقدمات، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن أوصى لرجل بمائة درهم أعطوه إياها وخذوا منها خمسة دنانير لي عليه، فقال الموصى له ماله: علي شيء، فأطرق فيها ثم قال: ما أراه أعطاه المائة درهم إلا على هذا، فلينظر فإذا كان في المائة درهم فضل عن الخمسة دنانير أعطيه الموصى له في رأيي، وإن كانت الخمسة دنانير أكثر من المائة درهم أحلف فيما فضل في رأيي، فإن لم يحلف غرمها.

قيل له: يحلف وإن لم تكن بينهما مخالطة؟

فقال: وإن لم تكن بينهما مخالطة، ليست المخالطة هنا شيئا.

ومن سماع عيسى بن دينار في كتاب بع ولا نقصان عليك

قال: وقال مالك في الذي يقول عند الموت: لفلان عندي عشرة دنانير ولي عنده خمسة دنانير فأنكر الذي أقر له بالعشرة أن تكون عليه الخمسة، قال: يأخذ العشرة

وعلى الورثة البينة في الخمسة أنها عليه.

قيل: فلو قال لفلان عشرة دنانير من مالي وصية ولي عليه خمسة فأنكر؟

قال: لا يكون له إلا الخمسة لأنه لم يوص إلا بالخمسة حين قال: ولي عليه خمسة، قال: وقال مالك كذلك.

قال محمد بن رشد: الفرق بين أن يوصي له بعشرة ويدعي أن له عليه خمسة وبين أن يقر له بعشرة، ويدعي أن له عليه خمسة بيان لا إشكال فيه، وقد مضى القول في إيجاب اليمين عليه دون خلطة فيما أوصى أن له عنده، وفي نكوله عن اليمين في رسم الوصايا فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مساجد القبائل

قال أشهب: سألت مالكا عن الرجل يشتري من العبد الشيء اليسير مثل الخفين وما أشبهه، فقال: لا يشتري من العبد إلا أن يكون عبدا يشتري ويبيع، فإن كان عبدا لا يشتري ولا يبيع فلا يشتري منه إلا بإذن أهله ولا يصدقه بقوله قد أذن لي أهلي حتى يسألهم عن ذلك أو يرده عليه ولا يشتريه، وربما باع العبد غيابه فليرده عليه ولا يشتريه وعسى بأهله أن يكونوا عبيدا.

قال محمد بن رشد: في سماع أشهب من كتاب الضحايا أنه يصدق العبد الفصيح الذي مثله يؤتمن فيما ادعى من أن ذلك له، وأنه أذن له في البيع، فيحتمل أن تفسر بذلك رواية أشهب هذه، فإن حمله على ظاهرها فذلك على التورع لا على ما يلزم ويجوز بدليل ما روي من أن عبد الله بن عمر مر في بعض أسفاره على راع يرعى على رأس جبل فاشترى منه شاة ضحى بها ولم يسأله عن شيء، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا الصغير

قال أشهب: وسمعته يسأل عمن اعترف في مرضه لامرأة له بثلاثين دينارا ثم صح فقال: إنما أردت أن أولجها إليها أتراها تلزمه؟

قال: نعم تلزمه، أقر لها وهو مريض وينكرها وهو صحيح، وسئل عنها سحنون فقال مثله.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن الإقرار في المرض يلزمه إذا صح، ولا اختلاف في هذا ولا كلام، وإنما الكلام إذا أقر أحد الزوجين في مرضه ثم مات من مرضه ذلك قبل أن يصح منه، وقد مضى تحصيل القول في ذلك في آخر أول رسم من

سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل لسحنون: فلو أن امرأة قالت في مرضها: إني قبضت مهري من زوجي، ثم إن زوجها مرض فقال: إني لم أدفع إلى امرأتي مهرها فمات الزوج وبقيت المرأة؛ وكيف إن لم يمت الزوج وقامت المرأة تطلب مهرها وتزعم أن قولها في مرضها كان محاباة له، وتقول: قد أقر لي زوجي ولم يستحل ما قلت، وقال الزوج: بل كان الكلام الذي تكلمت به في مرضي محاباة لك، فكل واحد منهما يكذب صاحبه؟

قال سحنون: يلزمها إذا صحت؛ فإن مات الزوج وأراد ورثته أن يلزموها ذلك كان ذلك لهم، وإن تمادى بالزوجة المرض حتى مات الزوج ثم ماتت بعده فالإقرار يلزمها.

قال محمد بن رشد: إذا أقرت المرأة في مرضها أنها قد قبضت مهرها من زوجها ثم مرض هو فأقر أنه لم يدفع إليها مهرها، ثم قامت المرأة تطلب مهرها، فلا يخلو الأمر من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون طالبة له وهي مريضة لم تصح بعد من مرضها.

والثاني: أن تقوم طالبة له بعد أن صحت من مرضها.

والثالث: أن تموت من مرضها فيقوم ورثتها طالبين له بعد موتها.

وكل وجه من هذه الوجوه الثلاثة لا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تقوم عليه وهو مريض لم يصح بعد من مرضه.

والثاني: أن تقوم على ورثته بعد أن مات من مرضه.

والثالث: أن تقوم عليه بعد صحته.

فأما الوجه الأول وهو: أن تقوم عليه وهي مريضة فإن كان هو مريضا بعد أو قد صح من مرضه كان لها صداقها، وإن كان قد مات من مرضه لم يكن لها شيء.

وأما الوجه الثاني وهو: أن تقوم طالبة له بعد أن صحت من مرضها، فإن كان هو مريضا بعد أو قد مات لم يكن لها شيء، وإن كان قد صرح من مرضه كان لها صداقها.

وأما الوجه الثالث وهو: أن تموت من مرضها فيقوم ورثتها طالبين له بعد موتها، فإن كان هو مريضا بعد أو قد صرح من مرضه كان لها صداقها، وإن كان هو قد مات من مرضه ذلك نظرت فإن كانت ماتت قبله كان لها صداقها، وإن مات قبلها فقيل: إن الإقرار يلزمها ولا يكون لها شيء، وهو قول سحنون في هذه الرواية، وروي مثله عن مالك، وقيل: إن الإقرار لا يلزمها ويكون لها صداقها، وهو قول محمد بن عبد الحكم،

وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا والحج والزكاة

وسمعته يسأل عن والي اليتيم يسأله السائل فيعطيه شيئا من زرع يتيمه أو غير ذلك؟

فقال: أرجو ألا يكون بذلك بأس يرجو بركة ذلك لليتيم.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح، ومعناه في اليسير الذي جرت العادة بالمسامحة فيه؛ والأصل في جواز ذلك قول الله عزْ وجل: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: آية ٦] فإذا جاز للوصي أن يأكل بالمعروف من مال يتيمه كان أحرى أن تجوز له به الصدقة عن اليتيم لما يرجوه له في ذلك من الأجر والثواب، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته سئل عن المولى عليه يدان ثم يموت؟

فقال: لا يقضى دينه ولا يكون في ماله، وهو في موته مثله في حياته، إلا أن يوصي به بثلثه فذلك له إذا أمره به وقد بلغ الوصية.

قال محمد بن رشد: قد قيل: إن الدين يكون في ثلثه إذا أقر به في مرضه أو في صحته، ولم يختلف أنه إن أوصى به في ثلثه جاز ولزم ذلك على جهة الوصية إلا ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ أن ذلك جائز ما لم يكثر، والصحيح: أنه لا يكون في ثلثه إلا أن يوصي بذلك، فإن أوصى به كان ذلك في ثلثه قل أو كثر، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل فقيل له: إن ابني تزوج امرأة ولم يؤامرني وهو يريد الذهاب معها ويتركني وأنا شيخ كبير لا أقدر على نزع الشوكة من رجلي حتى تنزع عني؟

فقال: إن كان ابنك قد بلغ وهو يلي نفسه وليس بسفيه ولا ضعيف العقل فذلك جائز، وإن كان لا يلي نفسه وهو سفيه مأخوذ على يديه فليس ذلك له.

فقال الرجل: أله أن يخرج عني ويدعني؟

فقال: نعم ذلك له إن كان غير سفيه وهو رجل يسافر ويخرج إلى العراق، فإذا كان قد بلغت ولم يكن سفيها ولا مأخوذا على يديه فذلك له، وإن كان سفيها أو ضعيفا يخاف عليه فليس له ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن المالك لأمر نفسه له أن يذهب حيث شاء

وليس لأبيه أن يمنعه من ذلك، وأما السفيه الذي لا يملك ماله ويخشى منه أبوه أو وليه السفه في ذاته والفجور بانفراده فله أن يضمه إلى نفسه ويمنعه من السفر والمغيب عنه، واختلف في السفيه في ماله المضمون في نفسه وذاته، فقيل: إن للوالي أن يضمه إليه ويمنعه من الذهاب والسفر حيث شاء، وهو قول مالك في هذه الرواية، وقيل: ليس ذلك له، وهو ظاهر قول مالك في كتاب النكاح من المدونة إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء على ما تأوله عليه ابن أبي زيد من قوله، يريد بنفسه لا بماله، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الأول

وسئل مالك عن رجل أسلف رجلا أربعين درهما أمر له بها عند صراف فقبضها منه، فلما تقاضاه إياها قال: دفعتها إلى الصراف حسبته لك وكيلا، فقال: ما شأنه وشأن الصراف؛ ذلك عليه.

قيل: أترى أن يحلف له الصراف إن جحده؟

فقال: ذلك يختلف؛ إن كان متهما رأيي أن يحلف هذه شبهة، وإن لم يكن متهما لم أر أن يحلف.

قال سحنون: وقال ابن نافع: ويحلف له الصراف على كل حال.

قال الإمام القاضي: قول ابن نافع هو الصحيح في النظر الجاري على الأصول، وأما تفرقة مالك بين المتهم في ذلك فهو استحسان على غير حقيقة القياس، وإنما يرجع الأمر في ذلك إلى اعتبار الخلطة، فإذا قلت: إنها قد حصلت بينه وبين الصراف بقبض الدراهم عنده وجبت له عليه اليمين وهو قول ابن نافع، وإن قلت: إنها ليست بخلطة فلا يحلف في وجه القياس كان متهما أو لم يكن، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل تصدق بمال له أو أعتق عبدا له ثم مكث حينا ثم إن الغرماء قاموا عليه فلم يجدوا له شيئا غير ذلك الذي تصدق به أو العبد الذي أعتق، كيف يفعل به؟

قال مالك: أما الصدقة فإن جاء الغرماء بالبينة أنه تصدق بها يوم تصدق وهو لا وفاء عنده فيما يرون ردت الصدقة ولم تجز وإلا جازت، وأما العبد فلا يرد عتقه؛ لأن شهادته قد جازت وتمت حرمته وصار حرا جرت عليه الحدود وله.

قال ابن القاسم في الصدقة إذا لم يعلموا بالصدقة، وأقاموا البينة على أنه لم يكن له وفاء يوم تصدق به ردوا منها قدر حقوقهم، وكان ما بقي لمن تصدق به عليه، وإن

علموا كانت الصدقة جائزة لمن تصدق بها عليه ولم يرد منها شيئا.

قال محمد بن رشد: الذي يعرف من قول ابن القاسم وروايته عن مالك: أن العبد يرد عتقه أيضاً إذا أعتقه وهو مستغرق الذمة بغير علم الغرماء كالصدقة سواء، ورواية أشهب هذه: أن العتق لا يرد لحرمته وجواز شهادته استحسان، ومعناه: إذا طالت المدة، وهو قول مالك في كتاب ابن المواز: إن العتق لا يرد علم الغرماء به أو لم يعلموا إذا طال ذلك وولد له الأولاد.

والوجه في ذلك: أن المدة إذا طالت احتمل أن يكون الغريم قد أفاد فيها مالا ثم ذهب ولم يعرف، فلم ير أن يرد العتق الذي قد تمت حرمته إلا بيقين، وهو أن يقوم الغرماء بعقب العتق، وقد تأول أن قول ابن القاسم ليس بخلاف لهذه الرواية، ومعناه: إذا قام الغرماء بعقب العتق، ومعنى هذه الرواية: إذا قاموا بعد المدة الطويلة، فتتفق الروايتان على هذا التأويل، والأظهر أنه اختلاف من القول إذا طالت المدة، فوجه القول في أن العتق يرد أنه عتق عداء؛ إذ لا يجوز لمن عليه دين أن يتلف ماله بالعتق كما لا يجوز أن يتلفه بالصدقة، فوجب أن يرد العتق كما ترد الصدقة.

ووجه القول بأنه لا يرد: أن دين الغرماء إنما هو في ذمة السيد لا في عين العبد؛ إذ لو تلف العبد لم يبطل الدين، فوجب أن ينفذ العتق لحرمته؛ إذ لايبطل الدين بعتقه لأنه باق في الذمة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل باع سلعة بدين من رجل إلى أجل، فرهن المشتري السلعة من رجل آخر ثم أفلس المشتري قبل الأجل والسلعة قائمة عند مرتهنها.

قال مالك: بائعها بالخيار إن شاء فتحها من مرتهنها بما رهنت عنده ويحاصر الغرماء بما افتداها به كان ذلك له، وإن أحب أن يسلمها ويحاص الغرماء بثمنها كان ذلك له؛ فإن افتداها من المرتهن كان الغرماء بالخيار، إن شاؤوا دفعوها إليه، وإن شاؤوا أعطوه ثمنها، فإن أعطوه ثمنها وتركها حاص في جميع ذلك بما افتداها به، ولا يحاص بثمنها إلا في إسلامها للمرتهن وتركها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة المعنى لا وجه للقول فيها. وقد قيل: إنه لا يضرب بما أفتك به الرهن لافتكاك رقبة العبد الجاني إذا كان قد باعه وجنى وفلس المشتري قبل أن يفتحه، وهو بعيد، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يشتري من الرجل بالدين في عطائه أو إلى أول عطاء يخرج له، فيكتب ذلك في ديوانه، فيخرج له نصف العطاء، أيحل حقه كله عليه؟

قال: إن أمثل ذلك عندي لو أخذ منه ما خرج من عطائه فقط.

وسئل عن الرجل يتعين في عطائه فيحبس العطاء وله مال فيه وفاء بما عليه من تلك العينة، أيؤخذ ذلك من ماله؟

قال: لا أرى ذلك.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في رسم الأقضية من هذا السماع، فلا وجه لإعادته، وبالله التوفيق، ولا حول ولا قوة إلا بالله، وصلى الله على سيدنا محمد.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب المديان والتفليس الثاني

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

من كتاب أوله: نقدها نقدها

قال عيسى: وسألته عن الرجل يحبس في الدين ولا مال له؟

قال: ليس على القاضي أن يسأل الذي عليه الحقّ البينة أنه لا مال له، والذي يشهد في مثل هذا على البنات أنه لا مال له شاهد زور، وإنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة به والمعرفة، فإن لم يجد له مالا أحلفه وخلى سبيله.

قال القاضي: قوله وسألته عن الرجل يحبس في الدين ولا مال له؛ معناه: ولا مال له في ظاهر أمره؛ إذ لو عرف أنه لا مال له لم يجب سجنه؛ لقول الله عزّ وجل: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: آية ١٨٠].

وقوله: إنه ليسعى القاضي أن يسأل الذي عليه الحقّ البينة أنه لا مال له، ومعناه: أنه ليس ذلك عليه حتى لا يجزئه دونه؛ إذ له أن يجتزىء في ذلك بأن يسأل عنه لأهل الخبرة والمعرفة، وإذا لم يكن ذلك عليه فليس له أن يفعله ويترك السؤال عنه، وإن فعل ذلك مضى، وهذا في المجهول الحال الذي لا يتهم بتغييب ماله فيحبس حبس تلوم واختبار.

وأما من حبس للتهمة بأنه غيب ماله فلا يجوز للقاضي أن يكتفي بالسؤال عنه دون أن يكلفه البينة على عدمه، وصفة الشهادة على العدم: أن يقول الشاهد: إنه يعرفه فقيرا عديما لا يعلم له مالا ظاهرا ولا باطنا.

واختلف إن شهد أنه فقير عديم لا مال له ظاهرا ولا باطنا، فقيل: إنها شهادة لا تجوز لأنها تحمل على ظاهرها من البتات، وقيل: إنها جائزة لأنها تحمل على العلم، وأما إن نص في شهادته على البت والقطع فلا تجوز شهادته قولا واحدا، فقوله في هذه الرواية: والذي يشهد في مثل هذا على البتات أنه لا مال له شاهد زور صحيح لا اختلاف فيه إن كان نص في شهادته على البت والقطع، وإن كان لم ينص على ذلك

فيها، وإنما قال: إنه لا مال له ولم يزد على ذلك فهو عدل على أحد القولين، وقد مضى في سماع أشهب من كتاب الشهادات التكلم على هذا المعنى في نظير هذه المسألة، فتأمل ذلك وقابله بقولي هاهنا فإن بعضه مبين لبعض، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل له على رجلين دين كتب عليهما وأيهما شاء أخذ بحقه، فأخذ أحدهما فحبسه في حقه، فأراد المحبوس أن يحبس الذي أبى صاحب الحقّ أن يحبسه؟

قال: ذلك له إذا كان له مال أو يخاف أن يكون قد خبأ مالا، فذلك له يعمل به مثل ما يعمل صاحب الدين بالذي عليه الحق.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال؛ لأنه ضامن لنصف الحقّ عنه، فإذا سجن فيه كان له هو أن يسجن الذي ضمن عنه لما يجب له من الرجوع عليه فيما سجن فيه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل له على رجلين حقّ وأيهما شاء أخذ بحقه، فسأله رجل عن حقه، فقال: ما لي عليهما شيء، ثم ادعى كل واحد منهما أنه قد دفع إليه ذلك الحق، وأقر صاحب الحقّ أنه قد قبضه من أحدهما؟

فقال: أراه شاهدا للذي زعم أنه دفع إليه؛ لأنه لم تبق لصاحب الحقّ تهمة يجر بها إلى نفسه شيئا، فأراها شهادة قاطعة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأنه شاهد لأحدهما على الآخر بما لا منفعة له فيه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل ادعى على رجل مائة دينار وأقر بها الذي ادعيت قبله وأنه قد أوصلها إليه، فأقام شهيدين يشهدان أنه أقر أنه أوصل إليه خمسين دينارا وأقام عليه شهيدين آخرين أنه أوصله خمسين في يسارا، وقال الذي له الحق: إنما هي خمسون دينارا، ولكني أشهدت له شهودا بعد شهود، أفتراها مائة أم خمسين؟

قال: أراها خمسين؛ لأن الرجل قد أشهد هاهنا ثم يزيد شهودا بعد شهود، فأراها خمسين إلا أن يكون كتب له براءتين، فإن هذا مما يستدل أنه أمران مختلفان وإلا فلا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: قوله: أراها خمسين؛ يريد: مع يمين الذي له الحقّ أنها خمسون واحدة، وفي رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الشهادات خلاف هذا أن القول قول الذي عليه الحق، وقد مضى القول على ذلك هنالك مستوفى فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل ادعى على رجل حقًّا فقال المدعى عليه: ما أعرفك ولا كانت بيني وبينك خلطة قط، ثم ادعى بعد ذلك المدعى عليه قبل المدعي بحق وأتى عليه ببينة، هل تنفعه بينته وهو قد أنكر خلطته؟

فقال: لا أرى أن تنفعه بينته، ولا تجوز شهادتهم إلا أن تكون بعد ذلك خلطة.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة جارية على أصل مختلف فيه في المذهب قائم من المدونة من كتاب اللعان وغيره، وقوله في آخر المسألة: إلا أن تكون بعد ذلك خلطة لفظ وقع على غير تحصيل؛ إذ لا تعتبر الخلطة مع قيام البينة، فإذا أقام البينة بحق له عليه من معاملة قديمة قبل إنكاره أن تكون بينه وبينه خلطة لم ينتفع بها، وإن أقام البينة بحق له عليه من معاملة حديثة بعد إنكاره أن يكون بينه وبينه خلطة قضي له بها وإن لم يكن بينهما بعد ذلك خلطة، وإن قالت البينة لا تدري هل كانت المعاملة قبل الإقرار أو بعده، فالقول قول الطالب مع يمينه أنها بعد الإقرار، وإنما تعتبر الخلطة مع مجرد الدعوى، فقوله: إلا أن تكون بعد ذلك خلطة إنما يصح إن ادعى قبله دعوى لم يقم عليها بينة من معاملة حديثة بعد أن أنكر خلطته؛ لأنه من كانت بينهما بعد ذلك خلطة لحقته اليمين، وإن لم تكن بينهما خلطة لم تلحقه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب استأذن سيده

وسألته عن الذي يكتري الدار سنة بستة دنانير فينقده ثلاثة دنانير ويبقى عليه ثلاثة، فلما سكن ستة أشهر فلس المشتري؟

قال: يخير صاحب الدار؛ فإن شاء ترك الدار لتمام السنة وحاص الغرماء بثلاثة دنانير في مال المفلس، فإن أبى إلا أن يأخذ داره ردّ نصف الثلاثة التي قبض وقبض داره وحاص الغرماء بما زاد في مال المفلس؛ لأن الثلاثة التي قبض كانت كراء لما سكن ولما بقي، فلما كانت كراء لما سكن ولما بقي قيل له: ردّ ما كان كراء لما بقي من السنة وتأخذ دارك وتحاصر الغرماء بنصف كراء ما سكن؛ لأنه قد صار لك عديما بذلك، إلا أن يشاء الغرماء أن يعطوه دينارا ونصفا تمام كراء الستة الأشهر التي بقيت ويأخذوا

الدار إلى السنة، فيكون ذلك لهم إذا أعطوه دينارا ونصفا؛ لأنه لو أخذ داره كان عليه أن يرد عليهم دينارا ونصفا، فإذا أقروا ذلك في يده وأعطوه دينارا ونصفا فذلك تمام ثلاثة دنانير كراء الستة أشهر التي بقيت، فيكونون أولى بالدار ويحاص بدينار ونصف صاحب الدار في مال المفلس، وذلك تمام ستة دنانير، وكذلك أيضاً لعمله في البز، وفي جميع الأشياء إذا اشترى رجل عدلين ففلس المشتري فلم يوجد عنده إلا عدلا واحدا وقد قبض البائع نصف الثمن كان العمل فيه على ما فسرت لك في كراء الدور، وفي كل شيء كذلك العمل فيه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على مذهب ابن القاسم في المدونة، وعلى معنى ما تقدم في رسم قطع الشجر من سماع ابن القاسم، وفي بعض وجوهها اختلاف.

فأما قوله إذا فلس المشتري بعد ستة أشهر: إن صاحب الدار يخير، فإن شاء ترك الدار إلى تمام السنة وحاص الغرماء بثلاثة دنانير في مال المفلس، فلا أعرف فيه نص خلاف، إلا أنه داخل فيه بالمعنى، وذلك أن هذا إنما يصبح على قياس قول أشهب الذي يرى قبض أوائل الكراء قبضا لجميع الكراء، فيجيز أخذ الدار للمكري من الدين، وأما ابن القاسم فالقياس على أصله أن يحاص الغرماء بكراء ما مضى ويأخذ داره، ولا يكون له أن يسلمها ويحاص الغرماء بالثلاثة دنانير، وإذا أسلم الدار وحاص الغرماء ببقية كرائه قبض ما صار له في المحاص إن كان الكراء وقع بالنقد، وأما إن لم يكن وقع بالنقد ولا كان العرف فيه النقد فلا يجب أن يقبض ما صار له في المحاصة؛ لأنه لم يسلم السكنى، ويوقف فكلما سكن شيئا أخذ بقدره من ذلك.

وأما قوله: فإن أبى إلا أن يأخذ داره ردّ نصف الثلاثة التي قبض وقبض داره، ففيه ثلاثة أقوال في المذهب: أحدها هذا، والثاني: أنه ليس له أن يأخذها إلا أن يرد الثلاثة التي قبض وهو الذي يأتي على ما في الموطأ لمالك، والثالث: أن له أن يأخذ داره ولا يردد شيئا، وتكون الثلاثة التي قبض ثمن الستة التي سكن، روي ذلك عن ابن أبي زيد، وهو مذهب الشافعي، وأهل الظاهر يقولون: إنه إذا قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء بجميع ما بقي له منه، ولا يكون له حقّ في أخذ شيء مما أدرك بدليل قوله في الحديث: " أيما رجل باع متاعا [1] فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي ابتاعه من ثمنه

---

(١) أخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٥٩، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك
=

شيئا فوجده بعينه فهو أحقّ به ".

واختلف إذا أعطاه الغرماء دينارا ونصفا تمام كراء الستة الأشهر التي بقيت وأخذوا الدار إلى تمام السنة، فقيل: إنهم يكونون أحقّ بها، ويحاص صاحب الدار بدينار ونصف في مال المفلس سوى الدار، وهو قوله في هذه الرواية، وقيل: إنهم يكونون أحقّ بدينار ونصف من السكنى لأنهم افتدوه بذلك فيكرون به الستة الأشهر الباقية حتى يستوفوه منها كما لوفدوها به من رهن؛ لأنهم حلوا فيها محل ربها، فلما كان أحقّ بها كانوا أحقّ منها بما فدوه حتى يستوفوه، وقيل: إنهم لا يكونون أحقّ بشيء منه ويحاصهم فيه صاحب الدار بالدينار ونصف الباقي له من ثمن الماضي، وقد قال ابن وهب: إنه ليس للغرماء أخذ بقية الكراء حتى يدفعوا إليه جميع دينه من الكراء، وبالله التوفيق.

من كتاب العرية

وعن رجل توفي وترك ولدا وترك زرعا قد أفرك، فلما حصد ودرس جاء غرماء الميت ولم يترك مالا غير الزرع فطلب الولد في الزرع إجازة ما حصدوا ودرسوا، هل ترى ذلك لهم؟

قال ابن القاسم: نعم؛ ذلك لهم يأخذون إجارة ما عملوا فيه.

قال محمد بن رشد: هذا بين لا إشكال فيه؛ إذ لا يلزم الورثة أن يحصدوه ويدرسوه للغرماء من أموالهم، وبالله التوفيق.

مسألة:

وفي رجل سلف رجلا دنانير في عبد موصوف إلى أجل فمات الذي عليه العبد قبل أن يدفع العبد كيف يحاص أهل الدين؟ وهل يجوز له أن يأخذ ثمنه منه وإن كان

=

رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٥٠، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٤١٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٦٩٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٢٤، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٧١٨، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٨٢، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٩، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٠٢٣، وأخرجه ابن عبدالبر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٤٠٧.

اشترى منه قمحا؟

قال ابن القاسم: يحاص أهل الدين بقيمة تلك السلعة ما كانت، فما صار له في المحاصة اشترى له به ما بلغ من حقه، ويكون ما بقي دينا له على الغريم يتبعه به إن بلغ ما صار إليه في المحاصة نصف عبد أو ثلث عبد اشتري ذلك له، واتبعه بنصف عبد أيضاً إن كان الذي صار له في المحاصة نصف عبد، وإن كان أقل أو أكثر من ذلك فإنما يتبعه بما نقص من العبد.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يحاص أهل الدين بقيمة تلك السلعة ما كانت؛ يريد: قيمتها حالة خلاف قول سحنون: إنه يحاص له بقيمتها إلى أجلها، وقد مضى هذا المعنى وغيره من معاني المسألة في رسم القبلة من سماع ابن القاسم، وإذا وقف ما صار لهم بالمحالة ليشتري لهم به ما بلغ من حقوقهم فحال السعر بزيادة اتبعوا الغريم بالنقصان، وإن حال بنقصان لم يرجع الغرماء عليهم بالفضل إلا أن يكون فيما صار لهم أكثر من حقوقهم فيردوا الفضل على الغرماء، قاله ابن حبيب في الواضحة، وهو بيان وزيادة في المسألة، والأصل في ذلك أن الرخص والغلاء للغريم وعليه؛ لأنه موقوف على ملكه، ولو تلف لكانت مصيبته منه ولم يلحق سائر الغرماء من ذلك شيء، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجل يفلس فيوقف السلطان ماله ويكون في ماله دابة لرجل، فيموت الغريم الذي عليه الدين قبل أن يقسم السلطان ماله، فيجد صاحب الدابة دابته هل تراه أحقّ بدابته من الغرماء؟

قال مالك: إذا وقفت له فهو أحقّ بها وإن مات الغريم قبل أن يقبضها، وإن مات الغريم قبل أن توقف له فهو أسوة الغرماء.

قلت: ما يوقف له أليس إذ أفلس ووقف ماله فهو أحقّ بدابته وإن لم يجيء إلا بعد موت المفلس إذا لم يقسم ماله؟

قال: لا يكون وقف ماله وقفا حتى توقف له الدابة بعينها، يتعلق بها فلس فيقول: هذه دابتي وتوقف له حتى يثبتها.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة صحيحة مفسرة لما في كتاب الهبات من المدونة،

والأصل فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل [1] أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحقّ به من غيره "؛ لأنه إذا وقف لها ليثبته فقد أدركه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل جاء قوما فقال: أنا أشهدكم أن لي على فلان كذا وكذا دينارا، وفلان

(١) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ٤٧٢٠، وأخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٣٠٧٢، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ٢٠٤٠، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٤٠٧٠، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٣٩٨٢، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٥٠٨، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٧٧٣، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٤٢٠، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٩٠٠٦، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٤٤٠١، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٧٢٤٩، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٦٣٥٦، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه حديث رقم: ٨٧٨، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٦٢٥، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٩٤، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٨٥٥، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٤٥٣٤، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣١٨٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٧٤٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١١٥٤، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٠٥٦٢، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٢٠١١، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٣٩٦، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٧، وأخرجه ابن زنجويه في الأموال حديث رقم: ٨٢٣، وأخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في رفع اليدين في الصلاة حديث رقم: ٥٧، وأخرجه ابن جرير الطبري في تهذيب الآثار حديث رقم: ١٥٦٠، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٣٤٥٦، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ١٨٧، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٢٩٠، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٥٢٩٠، وأخرجه ابن بطة العكبري في إبطال الحيل حديث رقم: ٦١، وأخرجه أبو نعيم الأصبهاني في تثبيت الإمامة وترتيب الخلافة حديث رقم: ١٦٠، وأخرجه البيهقي في القراءة خلف الإمام حديث رقم: ٤٤، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في الإنصاف فيما بين علماء المسلمين حديث رقم: ٩، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٦٣٦، وأخرجه أبو الفتح المقدسي في تحريم نكاح المتعة حديث رقم: ٣٩، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٨٨، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٢٤٣.

ذلك مع القوم في المجلس ساكت فلم يقل نعم ولا لا، ولم يسأله الشهود عن شيء، ثم جاء يطلب ذلك قبله فأنكر أن يكون عليه شيء، هل يلزمه شيء؟

قال: نعم ذلك لازم إذ سكت ولم يقل شيئا.

قال محمد بن رشد: اختلف في السكوت هل يعذر إذ لا في الشيء وإقرارا به أم لا على قولين مشهورين في المذهب منصوص عليهما لابن القاسم في غير ما موضع من كتبه: أحدهما: هذا أنه إذن، والثاني: أنه ليس بإذن، وهو قول ابن القاسم أيضاً في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وفي سماع أصبغ من كتاب المدبر؛ وأظهر القولين: أنه ليس بإذن لأنه في قول النبي صلى الله عليه وسلم: " والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها [1] "؛ دليلا على أن غير البكر بخلاف البكر في الصمت، وقد أجمعوا على ذلك فيه النكاح، فوجب أن يقاس ما عداه عليه إلا ما يعلم بمستقر العادة أن أحدا لا يسكت عليه إلا راضيا به فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار به، كالذي يرى حمل امرأته فيسكت ولا ينكر ثم ينكره بعد ذلك وما أشبه ذلك، وقد مضى هذا في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح، وفي غير ما موضع من كتابنا هذا،

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٥٥٤، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١٠٢٣، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ١٧٩٩، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٣٢٢٧، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢١٢٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٠٧٤، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٢٢٧٦، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٤١٧٨، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٥١٩٢، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه حديث رقم: ٥٣٩، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣١٣٠، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٠٨٣، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٢٦٥١، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٥٨٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٤٩٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ٨١٩، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٣٧٤، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ١٢٥٤، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢٢٥٦، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٤٨٦٤، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٥٠٥٨، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٢٥٩، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٧٠٣، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٣٤١.

وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قام بذكر حقّ له ممحو على رجل فطلب منه ما فيه وأقام عليه بما فيه البينة، فادعى الغريم أنه قد قضاه إياه ومحاه عنه، فهل يلزمه الحقّ أو ما ترى؟

فقال ابن القاسم: يلزمه الحقّ إذا ثبتت البينة ويحلف بالله ما قضاه ولا محاه عنه.

وعن رجل قام بذكر حقّ على رجل ممحو، وأقر صاحب الحقّ أنه محاه، وظن أنه قد قضاه وله بينة على ما في هذا الذكر الحقّ قال الغريم: قد قضيته وما محاه إلا من قبض، فما ترى؟

قال ابن القاسم: يحلف الغريم بالله لقد قضاه ولا شيء عليه، وهذه مخالفة للأولى؛ لأن هذا قد أقر له بأنه محاه.

قال محمد بن رشد: الفرق بين المسألتين بين على ما قاله، ولا اختلاف في المسألة الأولى، وأما الثانية فيتخرج فيها بالمعنى اختلاف حسبما ذكرته في أول رسم من سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يبتاع العبد بماله بدين إلى أجل ففلس مشتريه وقد مات العبد في يده وبقي ماله أو بقي العبد وفات ماله؟

قال: إذا وجد العبد وفات ماله بانتزاع من السيد فاستهلكه أو غير ذلك أو استهلاك من العبد أو بوجه من الوجوه فإنه يقال له: إن شئت فخذ العبد ولا شيء لك غيره، وإن شئت فدع وحاص فيه، وفي جميع ماله المفلس بمالك عليه، فإن اختار العبد فلا شيء له غيره إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا ماله على المفلس ويأخذوا العبد فذلك لهم، وإن كان العبد قد فات فوجد ماله فإنه لا سبيل إلى مال العبد ولا خيار له في ذلك، وهو أسوة الغرماء فيه مال العبد والمفلس.

قلت له: وإن كان مال العبد رقيقا أو عروضا قائمة معروفة؟

قال: وإن كان معروفا فلا سبيل له إليه، وقال مال العبد ضعيف، ألا ترى أن مالكا قال: لو أن رجلا ابتاع عبدا بماله فذهب بعض ماله أو كله في عهدة الثلاث لم يكن له أن يرده لما ذهب من ماله، ولو أنه وجد به عيبا، وقد ذهب ماله رده ولم يكن عليه فيما ذهب من ماله شيء، إلا أن يكون انتزعه منه فيكون عليه أن يرد معه ما انتزع من ماله مما اشتراه به.

قلت: فما اكتسبه عنده أله أن يحبسه إذا رده بالعيب وقد كان انتزعه منه قبل أن يظهر على العيب، أعليه أن يرده مع العبد إذا رده بالعيب؟

قال ابن القاسم: قال مالك: إذا رده ردّ معه ما اكتسب من ماله كان عنده اكتسبه أو اشتراه به فانتزعه أو كان في يده فإنه يرده ويرد ماله.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة صحيحة جارية على أصولهم في أن مال العبد تبع له، ولا اختلاف أحفظه في شيء من وجوهها إلا في مجرد انتقل مال العبد في التفليس هل هو فوت فيه بخلاف الرد بالعيب أو ليس بفوت فيه مثل الرد بالعيب؟

فقيل: إنه ليس بفوت فيه مثل الرد بالعيب. وإذا فلس مشتري العبد بعد أن انتزع ماله وهو قائم بيده لم يتلف ولا استهلكه بعد أن البائع أحقّ به يتخذه مع العبد إن شاء أخذ العبد وترك محاصة الغرماء، كما أن مشتري العبد إذ وجد به عيبا بعد أن انتزع ماله وهو قائم بيده لم يكن له أن يرده إلا بماله، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية بدليل قوله فيها: وفات ماله بانتزاع من السيد فاستهلكه؛ إذ لم ير مجرد الانتزاع في المال فوتا فيه إلا أن يستهلكه السيد، وسواء استهلكه بالانتفاع به مثل أن يكون طعاما فيأكله أو ثوبا فيستهلكه باللباس أو بما لا منفعة له فيه، مثل أن بكون عبدا فيقتله أو يعتقه أو يهبه أو يتصدق به، الحكم في ذلك كله سواء، هو في التفليس فوت بخلاف الرد بالعيب؛ إذ ليس لمشتري العبد أن يرده بالعيب بعد أن استهلك ماله بشيء من هذه الوجوه إلا أن يرد قيمة ذلك معه.

وقيل: إن مجرد الانتزاع فيه فوت، وإذا فلس المشتري بعد أن انتزع المال وهو قائم بيده فليس للبائع أن يأخذه، وهو بالخيار بين أن يأخذ العبد بجميع الثمن ويترك ماله، أو يتركه ويحاص الغرماء بجميع الثمن فيه، وفي ماله وفي سائر مال المفلس، بخلاف الرد بالعيب؛ إذ ليس للمشتري أن يرد العبد بعد انتقل ماله إلا أن يرده معه، فتلاف مال العبد فوت في التفليس وفي الرد بالعيب، تلف قبل الانتزاع أو بعده، يكون الحكم في ذلك كله بمنزلة إذا لم يكن له مال، واستهلاك المشتري إياه قبل الانتزاع أو بعده يفترق فيه التفليس والرد بالعيب، يكون الحكم فيه في التفليس بمنزلة إذا لم يكن له مال، وفي الرد بالعيب لا يرده إلا أن يرض معه قيمة ما استهلك من ماله أو مثله في ماله مثل، ومجرد الانتزاع إذ كان المال قائما بيد المبتاع يختلف فيه في التفليس على قولين: أحدهما: أن الانتزاع فوت كالتلف، والثاني: أنه ليس بفوت فيه، ويكون للبائع أن يأخذه مع العبد إن أراد أخذه، وفي الرد بالعيب ليس له أن يرده إلا بماله، وسواء في هذا كله

ابتاع المشتري العبد بماله أو اكتسبه عنده بتجارة أو وهب إياه، إلا أن يكون السيد هو الذي وهبه إياه أو اكتسبه عنده من عمل يده فلا يكون للبائع فيه حقّ لا في التفليس إن أراد أن يأخذه ولا في الرد بالعيب إن ردّ عليه، والحكم في مال العبد في الاستحقاق بخلاف هذا، للمستحق أن يأخذ مال العبد من يد المشتري وإن كان العبد قد مات عنده قبل الاستحقاق، والفرق في هذا بين الاستحقاق وبين التفليس أن العبد في الاستحقاق لم يخرج عن ملك مستحقه فكاك له أن يأخذ ماله سواء وجد العبد أو لم يجده، وكذلك له أن يغرم المشتري الذي استحق العبد من يده قيمة مال العبد إن كان قد استهلكه، وجد العبد أو لم يجده، ويأخذه من يد الموهوب له إن كان وهبه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الصائغ يفلس فيقر لقوم بمتاع عنده ولا بينة لهم إلا قوله، هل يقبل قوله إذا قال: هذا لفلان ولا بينة لهم، أو أقر بدين لرجل عليه وليس له بينة، أيأخذ مع من أقام البينة أم لا؟

قال: سمعت مالكا يقول غير مرة: إن إقراره بالمتاع جائز لأهل المتاع.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها في أول رسم من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، ومضى تحصيل القول فيها أيضاً في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم من كتاب تضمين الصناع، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الصناع إذا صنع أحدهم لرجل عملا فقال له صاحب المتاع: هات ما عملت لي وسآتيك بحقك، أو أخره أياما ثم فلس قبل أن يتقاضى الصانع أجرة عمله، هل يكون الصانع أولى بذلك الشيء الذي عمله فيه من الغرماء إذا وجده بعينه حتى يتقاضى حقه؟

قال: إن كل صنعة صنعها صانع لرجل لم يجعل فيها أكثر من عمل يديه مثل الخياطة والقصيرة والصياغة ونحو ذلك من الأعمال، فإذا خرجت من يده بما ذكرت فليس هو أولى بها، فإن وجدها فهو أسوة الغرماء بأجر عمله الذي وجب له عليه في جميع مال المفلس، وكل صانع أخرج من عنده عمله شيئا سوى عمله فأدخله في ذلك الشيء مثل الصباغ يجعل الصباغ والصيقل يجعل متاع السجن والفراء يسترقع الفرو فيجعل من

عنده الجلود، فإن هؤلاء ونحوهم إذا أدركوا السلعة قائمة بعينها نظر إلى قيمة الصبغ الذي في الثوب كم قيمته لا يبالي نقص ذلك الصبغ الثوب أو زاده، ثم ينظر كم قيمة الثوب أبيض وكم قيمة الصبغ، وإنما ينظر قيمة ذلك يوم يحكم فيه، فإن كان قيمة الصبغ خمسة دراهم وقيمة الثوب أبيض عشرة دراهم كان لصاحب الصبغ ثلث الثوب ولغرمائه ثلثاه إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه جميع ما واجبه عليه المفلس من الأجر ويأخذوا الثلث فذلك لهم، أو يرضى هو أن يكون أسوة الغرماء في مال المفلس بجميع حقه فيكون ذلك له، وإن لم يرض أن يكون أسوة الغرماء ولم يرض الغرماء أن يفتكوا ذلك الثوب، فالثلث له ببالغ ما بلغ ثمنه وإن زاد على أجره الأول أضعافا أو نقص أضعافا من أجره الأول أضعافا، فإذا أسلم إليه فيه ثلثه فله نماؤه وعليه نقصانه، وهو بمنزلة الرجل يبيع الغزل من الرجل فيستنسجه ثوبا ثم يفلس فيوجد الثوب في يده، فإن صاحب الغزل مخير إن شاء أسلمه وكان أسوة الغرماء، وإن أبى نظر إلى قيمة الغزل وقيمة العمل عمل الثوب، فإن كان قيمة الثوب الغزل خمسة دراهم وقيمة العمل عشرة دراهم أو قيمة العمل خمسة دراهم، وقيمة الغزل عشرة دراهم كان هو والغرماء شركاء في الثوب، هذا بقيمة الغزل والغرماء بقيمة العمل، إلا أن يشاء الغرماء أن يعطوه جميع حقه ويستخلصوا جميع الثوب فذلك لهم، وإن أبوا وأسلموا إليه ما صار له في الثوب كان ذلك له ولم يكن له أكثر من ذلك نقص الثمن الذي صار له في الثوب عن ثمن الغزل أو زاد فذلك له، إذا أسلم إليه كان له نماؤه وعليه نقصانه، وليس له في مال المفلس أكثر مما له في الثوب وإن نقص الذي صار إليه في الثوب أضعاف ثمن الغزل ليس له أكثر من ذلك، وليس ينظر في هذا إلى ثمن الثوب، ربما كان ثمن الثوب أدنى من قيمة العمل وربما كان قيمة الغزل أكثر من جميع الثوب، وإنما ينظر إلى قيمة الغزل وقيمة عمل الثوب فيكونون فيه شركاء في الثلث والثلثين أو النصف أو ما كان فيضربون بذلك السهم في ثمن الثمن، فقس ما يرد عليك من الصناعات والغزل ونحوه مما يعمل على ما فسرت لك، والله الموفق للصواب.

قال محمد بن رشد: الأصل في مسألة الصانع يفلس الذي استأجره والشيء الذي استعمل إياه بيده قبل أن يدفعه إليه أو بعد أن دفعه إليه، وفى مسألة الغزل التي أدخلها عليها ونظرها بها قول النبي صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل أفلس [1] فأدرك الرجل

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٩٢١، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي =

ماله بعينه فهو أحقّ به من غيره "؛ لأن الصانع بائع للصنعة التي استؤجر على كملها، فإذا أفلس المستأجر قبل أن يدفع الأجرة والسلعة بيد الصانع لم يدفعها بعد فلا اختلاف في أنه أحقّ بالسلعة من الغرماء حتى يستوفي أجرته، لأنها كالرهن في يديه، ولا اختلاف في هذا، وأما إذا أفلس قبل أن يدفع الأجرة وقد قبض السلعة معمولة، فإن لمن يكن للصانع فيها غير عمل يده مثل أن يكون ثوبا فخاطه أو قصره أو غزلا فنسجه أو فضة فصاغها وما أشبه ذلك، فالمشهور أنه أسوة الغرماء، وهو قوله في هذه الرواية، وقيل: إنه أحقّ بعمله، فإن شاء أخذه بأجرته وكان شريكا للغرماء في المتاع المعمول بقيمة عمله فيه، وإن شاء تركه وكان أسوة الغرماء، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم في هذا الكتاب، وهذا إذا علم أن الصانع لم يأخذ أجرته ببينة قامت على ذلك، مثل أن يكون دفع إليه المتاع معمولا على أن يأتيه بأجرته بحضرة بينة، وأما إن فلس والمتاع بيده معمولا فلا يصدق بعد التفليس أنه لم يدفع الأجرة على أصولهم في أن المفلس لا يجوز إقراره بعد التفليس، وأما إن كان له فيها شيء قد أخرجه من ماله سوى العمل، مثل الصباغ يصبغ الثوب بصبغة أو الرقاع يرقع الثوب برقاعة أو الصيقل يجعل متاع

=

في جامع الترمذي حديث رقم: ١١٨٠، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٥٨، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٣٥١، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٥١٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٥١، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٠٥٦٧، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥١٤٤، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٦٢٣، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٥٥٠، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٩٤١، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٤٠١، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣١٨٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٢٥، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٧١٩، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٣٥٨٢٣، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٨١، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٥، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٣٥، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ١٨٧، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٤٠٦٦، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٠٢١، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٤٠٨، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٥٢٥.

السيف من عنده وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أنه أحقّ بما أخرج من ذلك كله من عنده؛ لأنه قائم بعينه كالسلعة المبيعة يدركها البائع في التفليس قائمة لم تفت، وأما عمل يده المستهلك فيكون أحقّ به على رواية أبي زيد التي ذكرناها، ولا يكون أحقّ به على رواية عيسى وهو المشهور في المذهب حسبما ذكرناه، فيكون على قياس رواية أبي زيد إذا أبى الغرماء أن يعطوه جميع أجرته بالخيار بين أن يكون أسوة الغرماء بجميع أجرته، وبين أن يكون أحقّ بقيمة ما جعل في السلعة من عنده من صبغ أو رقاع وبقيمة عمل يده، يكون بذلك كله شريكا للغرماء في السلعة، بأن يقال: كم قيمة السلعة غير معمولة؛ فإن قيل: عشرة، قيل: كم قيمة ما أخرج فيها من عنده وكم قيمة عمل يده؟ فإن كان قيمة ما أخرج فيها من عنده خمسة وقيمة عمل يده خمسة كان شريكا للغرماء فيها بالنصف، والقيمة في ذلك يوم الحكم على ما نص عليه في هذه الرواية.

وقد قيل: إنه يكون شريكا فيها بما زاد عمله فيها من صبغ أو غيره، قاله ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وهو بعيد في القياس؛ إذ قد يزيد عمله فيها أضعاف قيمته وقد لا يزيد فيها إلا بعض قيمة عمله، وقد لا يزيد فيها شيئا، وقد ينقص من قيمتها، فالقياس أن يكون شريكا بقيمة ما أخرج من عنده من صبغ وعمل يوم يحكم بالغا ما بلغ، كما يأخذ البائع في التفليس سلعته إذا وجدها قائمة زادت قيمتها أو نقصت، وأما على قياس رواية عيسى هذه، وهو المشهور في المذهب فلا يكون إذا أبى الغرماء أن يعطوه جميع أجرته أحقّ إلا بقيمة ما أخرج من عنده، وهو الذي يكون به شريكا، وأما قيمة عامل يده فقيل: إنه يكون به أسوة الغرماء وهو القياس، وقيل: إنه لا يكون له فيه شيء، وإنما يقال له: أنت بالخيار بين أن تحاص الغرماء بجميع أجرتك، وبين أن تكون شريكا لهم في السلعة بقيمة ما أخرجت فيها من عندك خاصة دون عمل يدك، وهو ظاهر رواية عيسى هذه، ولا يحمله القياس.

ومسألة الغزل التي ساقها على هذه المسألة ومثلها بها صحيحة لا اختلاف أحفظه فيها ولا إشكال في شيء من معانيها، والحجة بها لإيجاب الشركة للصانع فيما أخرج من عنده بينة واضحة، ولم ير النسج في الغزل المبيع فوتا، ومثله البقعة تبنى. وفي كتاب محمد أن الرجل إذا باع جلودا من رجل فقطعها المشتري نعالا ثم فلس فلا يكون البائع أحقّ بها لأنها قد فاتت، ومثله حكى ابن حبيب في الواضحة عند أصبغ في الثوب يقطعه قميصا أو ظهائر، والخشبة يعمل منها ثوابت وأبوابا، والفرق عندهم بين ذلك وبين الغزل ينسج والبقعة تبنى: أن البقعة والغزل قائم بعينه إلا أنه قد زيد فيه

غيره، والقطع في الثياب والجلود نقصان فيها وإفادة لها، وقد وقف مالك في رواية مطرف عنه في الثياب تقطع فقال: ما أدري ما هذا لو كانت أدما فقطعت خفافا أو نعالا وتفاوت هكذا لم أره شيئا، وإن كان شيئا متقاربا لم يأت فيه فوت فتراه أحقّ به من الغرماء، والذي يوجبه عندي فحص القياس على ما أجمعوا عليه في الجارية يصيبها عور أو عمى أو الثوب يخلق أو يبلى أن صاحبه أحقّ به إن شاء أن يتخذه بجميع الثمن أن لا يكون القطع في الثياب ولا في الجلود فوتا، وأن يكون لصاحبها أن يأخذها مقطوعة ناقصة بجميع الثمن إن شاء، وأن يكون شريكا مع المبتاع فيها بقيمة الخياطة والعمل إن لم يأت حتى خيطت الثياب أو عملت النعال من الجلود، إلا أن يكون القطع فيها فسادا لها مثل أن يقطع الثوب ببابين وهو لا يقطع من مثله ببابين، أو الجلد نعالا وهو لا يقطع من مثله نعال، فيكون ذلك فوتا فيها بمنزلة البلى والفساد في الثوب إذا تفاحش جدا، وإذا كان عور الجارية أو نقصان الثوب من جناية قد أخذ لها المبتاع ثمنا نصف ثمنهما مثلا فإن صاحبها الغريم مخير بين أن يأخذها بنصف حقه ويحرص الغرماء بالنصف الباقي أو يتركها ويحاص الغرماء بجميع حقه، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه حقه كاملا فلا يكون له كلام، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: يوصي لمكاتبه بوضع نجم من نجومه

وسألته عن الرجل يكون عليه دين للناس وقد غرق في الدين إلا أنه لم يفلس بعد ولم يوقف للتفليس ففطن به بعض غرمائه أنه قد غرق في الدين فيبادر إليه فيتقاضى منه حقه ثم يعلم الغرماء بذلك ويقومون على تفليسه؟

قال: قال مالك: من تقاضى منه شيئا قبل أن يفلس فهو له دون الغرماء، وإن كان قد أحاط الدين بماله وغرق في الدين فمن تقاضى منه شيئا ما دام قائم الوجه وهو يتاجر الناس فهو له.

قال ابن القاسم: وإن كان الذي تقاضى منه قد فطن لعدمه وبادر الغرماء فذلك له دون الغرماء.

قلت: فلو كان جميع الغرماء قد تشاوروا في فلسه وأرادوا أن يفلسون إلا أنهم لم يرفعوا ذلك بعد إلى السلطان ولم يقفوه للتفليس بعد إلا أنهم قد تشاوروا في فلسه، فخالف بعض الغرماء فتقاضى منه، أيكون له ذلك؟

قال: لا أرى ذلك له، وهو بين جميع الغرماء.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم: هذا إن قضاء الغريم بعض غرمائه بعد أن

تشاوروا في تفليسه لا يجوز هو مفسر لأحد قولي مالك في المدونة، والقول الثاني أن قطاعه لا يجوز وإن لم يتشاوروا بعد في تفليسه، وأصبغ يرى قضاءه جائزا وإن تشاوروا في تفليسه ما لم يفلسون، فهي ثلاثة أقوال؛ أظهرها ما اختاره ابن القاسم من قولي مالك: أن قضاءه جائز ما لم يتشاور الغرماء في تفليسه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن الرجل يواجه الرجل ببقرة يدرس له زرعا فيدرس النهار وينقلب الليل، ثم يفلس صاحب الزرع؟

قال: الدارس أولى بالطعام حتى يستوفي إجارته.

قال الإمام القاضي: قال ابن المواز: لأنه وإن انقلب في الليل فإن الأندر بحاله لا ينقلب به صاحبه، بخلاف الصانع في دار الرجل مثل الخياطة والصياغة وما أشبه ذلك من الأعمال فينقلب ويتركها، فلا يكون الصانع أحقّ بها من الغرماء، وقول محمد بن المواز صحيح، لأنه ما لم يتم عمل الزرع فله حكم كونه بيده، وإن غاب عنه بالليل لما يلزمه من حفظه حين مغيبه عنه، وكذلك لو أكمل عمله ما لم يسلمه إلى ربه بأن يقول له: خذ زرعك فقد أكملت عمله هو أحقّ به لأنه كالرهن بيده ضمانه منه إن ضيعه، ولو فلس صاحبه بعد أن أسلمه إليه لكان أسوة الغرماء فيه وفيما سواه من ماله بجميع أجرته، ويأتي على قياس رواية أبي زيد في النسج أن يكون أحقّ من الغرماء بقيمة عمله في الزرع يكون له فيه شريكا، وقد مضى هذا المعنى في الرسم الذي قبل هذا، وتأتي المسألة متكررة في سماع أبي زيد، وسنتكلم عليها إذا مررنا بها إن شاء الله تعالى.

مسألة:

وسئل عن رجل لقي رجلا فقال: أشهدك أني قد تقاضيت من فلان مائة دينار كانت لي عليه فجزاه الله خيرا فإنه أحسن قضائي فليس لي عليه قليل ولا كثير، فلقي الرجل الذي أشهده الرجل الذي زعم أنه قد قضاه فقال له: قد لقيني فلان فزعم أنك قد قضيته مائة دينار كانت له عليك وقد أشهدني على ذلك؟

فقال: قد كذب؛ إنما أسلفته مائة دينار فالقول قول من؟

قال ابن القاسم: القول قول من زعم أنه أسلفه مع يمينه إلا أن يأتي الآخر ببينة أنه قد تقاضاها في دينه.

وقال ابن القاسم: هي بينة، قال أبو حمزة، وكذلك قال المخزومي.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في آخر كتاب المديان من المدونة، ومثل ما في

رسم المكاتب من سماع يحيى أن الذي أقر بالاقتضاء لا يصدق فيما ادعاه من أنه اقتضى ذلك من حقّ واجب له من كان إقراره على وجه الشكر، قال ذلك في هذه الرواية من قوله في كتاب الشهادات من المدونة، وفي سماع سحنون بعد هذا من هذا الكتاب أن من أقر لرجل أنه أسلفه فقضاه يصدق في دعوى القضاء إذا كان إقراره بالسلف على وجه الشكر، والفرق عندي بين أن يقر الرجل للرجل أنه أسلفه على وجه الشكر فقضاه فينكر الفقير له الاقتضاء، وبين أن يقر أنه اقتضى منه حقان له قبله على وجه الشكر له في أنه أحسن قضاءه فينكر أن يكون كان له عليه حقّ ويطلبه بما أقر أنه اقتضاه منه، هو أن السلف معروف آتاه الله وفضل تفضل به عليه يلزمه شكره لقول الله عزْ وجل: ﴿أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ﴾ [لقمان: آية ١٤]، ولقوله: ﴿وَلا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: آية ٢٣٧] ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: " من آلت إليه يد فليشكرها " الحديث؛ فحمل عليه أنه إنما قصد إلى أداء ما تعين عليه من الشكر، لا إلى الإقرار على نفسه بوجوب السلف عليه؛ إذ قد قضاة إياه على ما ذكر، وحسن القضاء واجب على من عليه أن يفعله، فلم يجب على المقتضي أن ينكره، فلما لم يجب ذلك عليه وجب ألا يكون له تأثير في الدعوى، وأن يكون القول قول القاضي؛ لأن المقتضي قد أقر بالقبض ويدعى أنه كان له عليه حقًّا فلا يصدق في ذلك على مذهب ابن القاسم، ويأتي على أصل أشهب في قوله: إنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقرأ به على نفسه أن يكون القول قول المقتضي لأنه لم يقر أنه قبض منه إذا ماله عليه، وهو قول ابن الماجشون نصا في هذه المسألة بعينها، ويقوم من هذه المسألة أن من كان له حقّ على رجل بوثيقة فدفع الذي عليه الحقّ ذلك الحقّ إلى الذي له الحق، ودعا إلى قبض الوثيقة منه أو تفريقها أن ذلك ليس له، وإنما له أن يشهد عليه وتبقى الوثيقة بيد صاحب الدين؛ لأنه يدفع بها عن نفسه؛ إذ لعل الذي كان عليه الدين يسترعي بينة قد سمعوا إقرار صاحب الدين بقبضه منه أو حضروا دفعه إليه ولما يعلموا على أي وجه كان الدفع، فيدعي أنه إنما دفع إليه ذلك المال سلفا أو وديعة، ويقول هات بينة تشهد لك أنك إنما قبضت ذلك مني لحق واجب لك، فبقاء الوثيقة بيده وقيامه بها يسقط عنه هذه الدعوى التي تلزمه، وكان شيخنا الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقيم ذلك فيما أخبرني عنه غير واحد من أصحابنا وأنا أشك أن أكون سمعته منه من آخر مسألة من كتاب المديان من المدونة، وهو كلام صحيح، إلا أن محمد بن عبد الحكم يرى أنه من الحقّ أخذ الوثيقة وقطعها، وهو قول عيسى بن دينار في بعض روايات العربية، وقول أصبغ

في الواضحة مثله في المرأة تقوم على ورثة زوجها بكتاب فيه بقية صداقها وليس بكتاب نكاحها إذا أخذت ما فيه نقدا ولم تتخذ عما فيه أرضا أو عقارا، ولا أعلم من يخالفهم في ذلك نضال، وإنما اختلف أصحاب مالك في كتاب النكاح إذا قامت به على ورثة زوجها وقبضت ما كان لها فيه من حقّ وأبت من دفعه، فقال مطرف: إن للورثة قبضه منها وقطعه، وقال أصبغ: ليس ذلك لهم، وأما إذا أبى الذي بيده الوثيقة من الإشهاد على نفسه بقبض ما فيها وقال للذي كان عليه الدين: خذ الوثيقة أو قطعها فتلك براءتك، فليس ذلك له ويلزمه الإشهاد على نفسه، يقوم ذلك من غير ما مسألة، منها مسألة في رسم العرية من هذا السماع، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

وقال في عبد بيع فباعه مشتريه ثم فلس وقد خرج عن ملكه فحاص بالثمن ثم وجد بالعبد عيبا فرده، فقال: أنا آخذه وأرد ما أخذت؛ إن ذلك له.

قال محمد بن رشد: ويتحاص فيما يرد الغرماء، وهذا على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع، وأما على القول بأنه ابتداء بيع فلا يكون ذلك له، وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وأشهب، فالمشهور عن ابن القاسم أنه ابتداء بيع، والمشهور عن أشهب أنه نقض بيع، وقد مضى بيان هذا في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب، وعلى قياس القول بأنه نقض بيع قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز في المشتري يرد بالعيب فلم يقبض ثمنه من البائع حتى فلس والعبد بيده، فلا يكون الشاذ له أولى به من الغرماء، ويأتي على قياس القول بأنه ابتداء بيع أن يكون أحقّ به من الغرماء، وأما من اشترى سلعة شراء فاسدا ففسخ البيع وقد فلس البائع فلا يكون المبتل أحقّ بها حتى يستوفي ثمنها، قال ذلك ابن المواز وهو صحيح؛ لأن ردها بالفساد نقض للبيع، ولا يقال فيه إنه ابتداء بيع، لكونهما جميعا مغلوبين على الرد، وقد روي عن سحنون أن المبتاع أحقّ بها حتى يستوفي ثمنها، فحكم للرد بالفساد بحكم ابتداء البيع لما كان الملك قد انتقل للمشتري بالبيع الفاسد ووجب به الضمان منه، فهو قول له وجه، وإنما يكون الرد بالفساد نقض بيع على الحقيقة دون شبهة ولا اختلاف على القول بأن الملك لا ينتقل بالبيع الفاسد، وأن المصيبة فيه من البائع وإن قبض المشتري إذا قامت البينة على التلف، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في عبد بيع فأبق ثم فجلس مشتريه، فقال البائع: أنا أحاص بالثمن، فإن رجع

العبد يوما ما أو وجد أخذته ورددت ما أخذت؟

قال: ليس ذلك له، إما أن يرضى أن يتبع العبد ويطلبه ولا شيء له غيره، وإما أن يحاص بالثمن، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا الثمن إليه.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة متكررة في سماع أبي زيد، وفي آخر أول رسم من سماع أشهب من كتاب السلم والآجال أن البائع مخير بين أن يحاصر الغرماء وبين أن يطلب العبد، فإن وجده كان أحقّ به، وإن لم يجده رجع فحاص الغرماء، وفي ذلك من قوله نظر؛ إذ لا حدّ لوقت طلبه يجب له بالبلوغ إليه الرجوع إلى محاصة الغرماء والرجوع على كل واحد منهم بما كان يجب له في المحاصة لو حاصرهم إن تقاضوا قبل أن يجده.

قال أصبغ: ليس له إلا المحاص، ولا يجوز له أن يتركها ويتبع العبد، لأنه دين بدين وخطير، وهو أظهر الأقوال، ومثله ما في سماع عيسى من كتاب الجنايات أن العبد إذا جرح ثم أبق، فقال المجروح: إما أن تدفع إليّ قيمة جرحى، وإما أن تخلي بيني وبين الغلام أطلبه، أنه لا خير فيه؛ لأنه غرر وخطير، والواجب في ذلك على قوله أن يرجى الأمر إلى أن يوجد العبد فيخير سيده بين أن يسلمه أو يفتحه بدية الجرح، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الجارية توهب للثواب: إن الوطء فيها إذا وطئها فوت تجب به القيمة، وكذلك الاعتصار إذا وطئها الابن لم يكن للأب أن يعتصرها وإن لم تحمل، قال ابن القاسم: ولكن المفلس لو فلس بعدما وطئها أخذها صاحبها وهي سلعته بعينها، وهو أولى من الغرماء.

قال محمد بن رشد: في النوادر لسحنون عقب هذه المسألة: لا أدري ما هذا يريد، لا أدري ما الفرق بينهما، وما الفرق بينهما عندي إلا بين، وذلك أن الوطء لو لم يكن في الهبة للثواب ولا في الاعتصار فوتا لآل ذلك إلى عارية الفروج وإحلالها بأن يهب الرجل الجارية لمن له اعتصارها منه أو للثواب فيستمتع بها مدة من الزمان ثم يستردها، والتفليس لا تهمة في التخيير فيه بعد الوطء لأنه أمر طارىء يوجبه الحكم بالسنة القائمة فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فلا يتهمان فيه على القصد إلى المكروه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: بع ولا نقصان عليك

وسئل عن الرجل يبيع الأمة من الرجل بدين فيفلس صاحبها وقد ولدت عنده أولادا فباعهم، فوجد بائع الأمة أمته؟

قال: إن وجد أمته خير بين أن يأخذها وليس له في ولدها شيء، وبين أن يتركها ويضرب مع الغرماء بثمنها كله، وأما إذا وجد أولادها وقد باع الأمة قسم الثمن على الأمة وأولادها، فأخذ الأولاد بنصيبهم من الثمن، ويضرب مع الغرماء في مال المفلس بما أصاب الأم من الثمن.

فقلت: ففي أي مسألة يكون مخيرا إذا وجد الأولاد ولم يجد الأم بين أن يأخذهم ولا شيء له غيرهم وبين أن يدعهم ويضرب مع الغرماء بجميع الثمن؟

قال: ذلك إذا ماتت الأم ووجد الأولاد.

قال سحنون: قال ابن القاسم: لو أن رجلا ابتاع جارية أو رمكة فولدت عنده أولادا فباع أولادها وأكل أثمانهم، ثم فلس وقام صاحبها فإنه إن أحب أخذها لم يأخذها إلا بجميع ما باعها به أو يسلمها، ولو وجد ولدها - وقد فاتت الأم بموت - لم يكن له أن يأخذ ولدها إلا بجميع ما باع به أمهم أو يسلمهم فيحاص الغرماء.

وقال مالك: إذا فاتت الأمهات في يدي الغريم لم يضمن، وإن كان باع الأم وبقي ولد أخذ الولد وقومت الأم فحاص بقيمتها الغرماء.

قال الإمام القاضي: تحصيل القول في هذه المسألة: أنه إن فاتت الأم أو الأولاد بموت لم يكن له أن يأخذ الباقي منهما إلا بجميع الثمن، وأما إن فات الأولاد ببيع ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه ليس له إلا أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يترك ويحاص الغرماء، وهو قول ابن القاسم هاهنا، وفي الواضحة، وروايته عن مالك.

والثاني: أنه يأخذ الأم بما يقع عليها من الثمن بأن يفض على قيمة الأم يوم وقع البيع وعلى قيمة الولد يوم بيعوا ويحاص بما وقع على الولد من الثمن.

والقول الثالث: أنه يأخذ الأم ويحرص الغرماء بما وصل إليه من ثمن الولد، فحكم للولد في القول الأول بحكم الغلة، وحكم له في القول الثاني بحكم أمه، وأما القول الثالث فليس بجار على أصل، وأما إن فاتت الأم ببيع ووجد الأولاد ففي ذلك قولان: أحدهما: أنه مخير بين أن يحاص الغرماء بجميع الثمن وبين أن يأخذ الأولاد بما يصيبهم من الثمن ويحاص الغرماء بما أصاب الأم منه، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا

إليه جميع الثمن، والقول الثاني: أنه يأخذ الولد ويحاص الغرماء بقيمة الأم، وهو قول مالك هاهنا في بعض الروايات، ومعناه: إذا أبى الغرماء أن يدفعوا إليه جميع الثمن وأبى هو من ترك الأولاد ويحاص الغرماء بجميع الثمن، وفي بعض الروايات: أخذ الولد بما يصيبهم من الثمن وحاص الغرماء بما يصيب الأم من الثمن، مثل قول ابن القاسم، فعلى هذه الرواية لا يكون في هذا الوجه إلا قول واحد، ولم يجر ابن القاسم في هذه المسألة على أصل واحد في القياس لأنه حكم في بعض وجوهها للولد بحكم الغلة، وذلك إذ فات الأولاد ببيع أو موت، وحكم لهم بحكم الأم في بعض الوجوه، وذلك إذا فاتت الأم ببيع أو موت ووجد الأولاد، وإذا وجدهم قياما مع الأم وكان القياس أن يحكم لهم بحكم الغلة في جميع الوجوه، فلا يكون له إذا وجد الأم إلا أن يأخذها وحدها بجميع الثمن أو يحاص الغرماء، كان الأولاد قياما معها أو كانوا قد ماتوا ببيع أو موت، ولا يكون له إلى الولد سبيل وإن وجدهم مع الأم أو دونها، أو أن يحكم لهم في جميع الوجوه، فيكون له إذا وجدهم مع أمهم أن يأخذهم معها بجميع الثمن، وإن وجدهم قياما وقد فاتت أمهم ببيع أو موت كان له أخذهم بما ينوبهم من الثمن، وكذلك إذا وجد الأم قائمة وقد فات العدد مع أو موت كان له أن يأخذ الأم بما ينوبها من الثمن إلا أن هذا لم يقولوه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل حضرته الوفاة وفي بيته خيش ومسح مملوءين طعاما، فقال: المسح الشعور أعطوه فلانا، هل يتخذه بالطعام أو بغير الطعام؟

قال: بل بالطعام.

قيل: فإن قال الخريطة الحمراء أعطوها فلانا والخريطة مملوءة دنانير؟

قال: تكون له الخريطة وما فيها.

قال ابن القاسم في الذي يقول أعطوا فلانا حقًّا كذا وكذا فيوجد الزق ملآن عسلا، قال: يعطيه بالعسل.

قيل: فلو كان ملآن دراهم؟

قال: إذا لا يكون له إلا الزق إلا أن يكون عرف أن فيه دراهم فهو له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة المعنى لا وجه للقول فيها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عن رجل توفي ففتح تابوت له، فإذا فيه كيس مكتوب عليه لفلان بن فلان، وفيه مال، فطلب ذلك الرجل الكيس؟

فقال: أرى إن شاهد له أنه خط الميت المستودع وكتابه بيده رأيت أن يدفع إليه، وإن لم يشهد على ذلك لم يدفع إليه إلا ببينة، وإنما هو بمنزلة القرطاس يوجد عنده فيه حساب لفلان عندي كذا وكذا، فإن شاهد أنه خط الميت رأيت ذلك له، وإلا لم يكن له شيء، وقاله أصبغ أو خط المستودع صاحب المال الذي كتب اسمه عليه مع ما وجد أنه في حوز المستودع حيث أقر فتراه لربه أيضاً.

قال أصبغ: وهذا لمن يقضي بالخط، والخط عندنا علم ثابت واضح صحيح، وقد بلغنا عن عمر بن عبد العزيز أنه كان يقضي بالخط في شهادة الشاهد، وهو أشد، وأما خط المرء بعينه فهو الإقرار صراحا، وقد قال مالك: إذا شهد على الخط شاهدا لم يكن على صاحب الحقّ يمين؛ لأن ذلك إقرار، وإن لم يكن له إلا شاهد واحد حلف معه واستحق، وإن يكن شاهد بالحق وشاهد على الخط تمت الشهادة.

قال الإمام القاصي: ساوى أصبغ بين أن يشهد أنه خط الميت للمستوي أو خط صاحب الوديعة مع وجودها في حرز الميت المفتوح، وقد قيل: إنه لا يقضى بها لصاحب الوديعة إذا شاهد أن الخط خطه؛ لأنه يمكن أن يكون بعض الورثة أخرجها إليه فكتب عليها اسمه وأخذ على ذلك جعلا، ولا اختلاف في أنه لا يقضى له بها إذا وجد عليها اسمه ولم يدر من كتبه، ولا في أنه يقضى له بها إذا شاهد أنه خط الميت المفتوح أو خط صاحب الوديعة إلا على مذهب من لا يرى الحكم بالشهادة على الخط في موضع من المواضع، وقد مضى تحصيل القول في الشهادة على الخط في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات، فمن أحب الوقوف على ذلك تأمله هناك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب سلف دينارا في ثوب

قال ابن القاسم في الرجل يستأجر البناء يبني له فرصة مقاطعة كل ذلك من عند البناء فيبنيها ثم يفلس صاحبها: إن البناء أولى بها بمنزلة سلعته بعينها.

قال القاضي: قوله: كل ذلك من عند البناء؛ يريد: أن كل ما يحتاج إليه في بنيانها من نقض وقراميد وجص وغير ذلك من عنده، وقد تأول بعض الشيوخ أن الفرصة أيضاً من عند البناء، لقوله: إن البناء أولى بها؛ أي: بالدار؛ إذ لم يفرق بين أن تكون من عنده

أو قد أسلمها إلى المفلس، وهو من التأويل البعيد؛ لأن الفرصة إذا كانت من عند البناء فالبيع أملك بما تعاملا عليه من الإجارة، وهو قد سماها إجارة.

وقوله: إن البناء أولى بها يحتمل أن يريد أنه البناء أولى بالدار مبينة حتى يستوفي جميع أجرته، ومعنى ذلك: إذا كانت الدار بيده لم يسلمها بعد إلى صاحبها المفلس؛ لأنها كالرهن بيده وإن لم يخرج فيها شيئا من عنده غير عمل يده، ويحتمل أن يكون إنما تكلم على أنه قد أسلم الدار إلى المفلس، فيكون معنى قوله: إنه أولى بها أنه أولى بقيمة ما أخرج من عنده في بحنانها من نقض وصخر وآجر وقرميد وغير ذلك، كان مما يمكن قلعه وأخذه أو مستهلكا مما لا يمكن ذلك فيه، يكون بذلك كله شريكا للغرماء في الفرصة مبنية بقيمته يوم الحكم إلا أن يشاء أن يترك حقه في ذلك ويحاص الغرماء بجميع أجرته، أو يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه جميع أجرته ويستخلصوا الدار، وهو أولى ما حملت عليه المسألة، لقوله فيها كل ذلك من عند البناء، فدل على أنه إنما قال: إنه أولى بها من أجل ذلك؛ إذ لو كانت الدار بيده لم يسلمها بعد لكان أحقّ بها في أجرته وإن لم يخرج فيها شيئا من عنده غير عمل يده، وإذا شارك الغرماء في الدار مبنية بقيمة ما أخرج فيها من عنده لم يكن له في قيمة عمل يده شيء على ظاهر قوله في رسم العرية من سماع عيسى، والقياس على أصله أن يحاصر بذلك الغرماء، وقد قيل: إن من حقه أن يقوم عمل يده مع ما أخرج من عنده، فيكون بذلك شريكا في الدار، وهو الذي يأتي على ما في سماع أبي زيد في مسألة النسج، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في رجل يشتري الضأن عليها الصوف فيجزها ويزيد في ثمنها لمكان الصوف، فيجز صوفها ثم يفلس: إنه ينظر في ذلك كم كان قدر الصوف من رقابها، ولا ينظر إلى ما بلغ ثمن الصوف، ثم يأخذ غنمه بما بقي بعد حصة قيمة الصوف من الثمن، ثم يحاص الغرماء بحصة قيمة الصوف، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه الذي يأخذ به غنمه فذلك لهم، ويحاص بحصة قيمة الصوف من الثمن، وكذلك الأصول كلها إذا اشتراها وفيها ثمر قد طاب وحل بيعه فيبيع الثمرة ثم يفلس، وكذلك الدار لها الغلة قد حلت فاشتراها بغلتها بما تجوز به المبايعة إن كانت غلتها عرضا فاشتراها بعين أو كانت الغلة عينا فاشتراها بعرض، فهو على ما فسرت لك في الغنم يجز صوفها، وإذا اشترى الرجل شيئا من ذلك وليس فيه شيء مثل النخل ليس فيه تمر قد طاب والدار ليست فيها غلة قد حلت، فيغتل المشتري ذلك سنين، أو يفيد

العبد مالا عند المشتري فينزعه منه، أو تكتسي الغنم عنده صوفا فيجزها سنين ثم يفلس، فليس للبائع في شيء مما احتل المشتري شيء، إن شاء أخذ سلعته بعينها بجميع دينه، وإن شاء أسلمها وحاص الغرماء بجميع دينه، وإنما يأخذ سلعته يوم يأخذها على نحو ما باعها عليه إن كانت النخل فيها تمر قد طاب يوم يأخذها، فالتمر للغرماء، ويأخذ الأصل كما باعه ليس فيه تمر إن شاء، أو يسلمه ويحاص الغرماء بجميع دينه، والدار كذلك إذا حلت الغلة، فإن أراد صاحب الأصل أخذها أخذها وكانت الغلة للغرماء مثل التمر، فأما العبد فله أن يأخذه بماله الذي أفاد عند مشتريه، والغنم كذلك له أن يأخذها وعليها صوفها إلا أن يعطيه الغرماء ديته فذلك لهم، ليس غلة الدار وثمرة النخل مثل العبد بماله أو الغنم بصوفها، فرق بين ذلك أن الرجل يشتري الضأن وعليها صوفها ولا يسميه ولا يشترطه ويكون له، ويشتري النخل وفيها التمر وقد طاب، فلا يكون له إلا أن يشترطه، وقد قال مالك في غير هذا الكتاب: إذا باع الحائط ولا ثمر فيه ثم فلس وفيه ثمرة إنه يأخذه بثمره.

قال الإمام القاضي: قوله في أول المسألة في الذي يشتري الضأن عليها صوفها فيجزها ثم يفلس إن البائع يأخذ الغنم مجزوزة بما يصيبها من الثمن ويحاص الغرماء بما يصيب الصوف منه، معناه: إذا كان الصوف قد فات بعد الجز، وأما لو أدركه قائما بيد المشتري المفلس لكان أحقّ به يأخذه إن شاء مع الغنم بجميع الثمن ويؤدي ثمن جوازه، لأنه كمشتري سلعتين، ولغير ابن القاسم، وهو أشهب في التفليس من المدونة: أن الصوف إذا جزه المشتري غلة ليس للبائع إلا أن يأخذها مجزوزة بجميع الثمن أو يتركها ويحاص الغرماء، وهو قول ابن وهب في رواية أصبغ عنه، وأما إن اشترى الغنم ولا صوف عليها فحدث لها صوف ثم فجلس فالصوف تبع للغنم ما لم يجز، فإن جز كان غلة، ولا اختلاف في هذا، وأما إن اشترى الأصول وفيها ثمرة قد طابت ثم فلس فالبائع أحقّ بالنخل والثمرة، وإن جذت ما كانت قائمة، كمشتري سلعتين، ولا اختلاف في هذا بين ابن القاسم وأشهب، والفرق عند أشهب بين هذه المسألة وبين الغنم تشترى وعليها صوفها أن الصوف لما كان يدخل في البيع وإن لم يشترط كان في حكم التبع لها، كالأصول تشتري بثمرتها قبل الإبار، وأما إذا اشترى الأصول ولا ثمرة فيها أو فيها ثمرة لم تعبر ثم فجلس ففي ذلك أربعة أقوال:

أحدها: أن البائع أحقّ بالثمرة ما لم تؤثر، وذلك يتخرج على قول أصبغ في الرد بفساد البيع لأنه إذا قال فيه: إن الثمرة تبقى المبتاع، وإن لم تطب إذا كانت قد أبرت،

فأحرى أن تبقى للغرماء في التفليس، وعلى قول بعض المدنيين في المدونة قول أشهب، وأكثر الرواة: أنه لا حقّ للشفيع في الثمرة إذا لم يدركها حتى أبرت.

والثاني: أنه أحقّ بها ما لم تطب، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية.

والثالث: أنه أحقّ بها ما لم تيبس.

والرابع: أنه أحقّ بها ما لم تجذ، وهو نص ما في المدونة، وظاهر قول مالك في هذه الرواية، وأما إذا اشترى الأصول وفيها ثمرة قد أبرت ولم تطب ثم فجلس ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البائع أحقّ بالثمرة ما لم تطب.

والثاني: أنه أحقّ بها ما لم تيبس.

والثالث: أنه أحقّ بها ما لم تجذ، وهو قوله في المدونة.

فسواء على مذهب ما في المدونة اشترى الأصول ولا ثمرة فيها أو اشتراها وفيها ثمرة لم تعبر، أو اشتراها وفيها ثمرة قد أبرت ولم تطب إذا فلس، فالبائع أحقّ بالثمرة ما لم تجذ، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب يدير ماله

وقال في رجلين شهدا على رجل أنه قال لفلان: علي مائة دينار أو لفلان لا يدريان أيهما هو، قال ليس عليه أن يغرم أكثر من المائة ويحلف هذان ويقتسمان المائة بينهما.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة متكررة في رسم البيوع من سماع أصبغ من كتاب الدعوى والصلح، وزاد فيها هناك: قال أصبغ يحلف كل واحد منهما أنه هو وأن له عليه مائة ثانية، فمن نكل منهما فهي الآخر إن حلف، وإن نكلا جميعا اقتسماها بغير يمين بمنزلة حلفهما جميعا، فإن رجع الشهيدان عن شهادتهما بعد الحكم وزورا أنفسهما غرما ذلك للمشهود عليه إذا كان يوم شهدا منكرا لشهادتهما، وقول أصبغ هذا تفسير لقول ابن القاسم، وفي قوله: فإن رجع الشهيدان عن شهادتهما بعد الحكم وزور أنفسهما غرما ذلك للمشهود عليه إذا كان يوم شهادتهما منكرا لشهادتهما، دليل على أنه لا فرق فيما يلزم المقر بهذه الشهادة بين أن يكون مقرا بها أو منكرا لها، وإنما يفترق ذلك فيما يلزم الشهيدين من الغرم برجوعهما عن الشهادة، وقد رأيت لابن دحون أنه قال: معنى هذه المسألة: أن المقر هو الشاك، وأنه أنكر إقراره فيلزمه بالبينة غرم المائة، ويحلف الرجلان ويقتسمانها بينهما، ولو كان مقرا بما قال للزمه غرم مائتين، فرد ابن دحون هذه المسألة بالتأويل إلى ما في رسم يوصي من سماع عيسى

من كتاب الدعوى، والصلح من أن الرجل إذا قال علي مائة دينار دين لا أدري هل هي لفلان أو لفلان، فادعاها الرجلان جميعا أنهما يحلفان ويغرم لكل واحد منهما مائة مائة، بخلاف الوديعة يقر بها ويقول: لا أدري لمن هي منهما أنهما يحلفان جميعا ويقتسمانها بينهما، وقد اختلف في الوديعة أيضاً على ما وقع لمالك في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب القراض في المعارض بمالين يزعم أنه قد ربح خمسين دينارا ولا يدري من أفي المالين الربح نسي ذلك أنه لا شيء له من الخمسين وتكون لصاحبي المالين لكل واحد منهما خمسة وعشرون، فعلى التأويل الأول يدخل الاختلاف في الدين كما دخل في الوديعة، ويتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزمه لكل واحد منهما غرم مائة مائة في الوديعة والدين إذا حلفا أو نكلا، وهو الذي يأتي على ما في رسم القطعان من كتاب القرار في مسألة القرار؛ لأنه إذا لزمه أن يغرم لكل واحد منهما مائة مائة فيما في أمانته، فأحرى أن يلزمه ذلك فيما في ذمته.

والثاني: أنه لا يلزمه أن يغرم لهما أكثر من مائة واحدة فيقتسمانها بينهما إن حلفا أو نكلا، وتكون للحالف منهما إن نكل أحدهما عن اليمين، وهو الذي يأتي على ما تأولناه في هذه الرواية، لأنه إذا لم يلزمه في الدين الذي هو في ذمته أن يغرم أكثر من مائة فأحرى ألا يلزمه ذلك في الوديعة التي هي في أمانته.

والثالث: الفرق بين الوديعة والدين على ما في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الدعوى، وعلى ما قاله ابن دحون تخرج مسألة الدين من الاختلاف.

وقوله: لا يدريان أيهما هو؛ معناه: أنهما لا يدريان ذلك من أجل أن المشهود عليه هو الذي قال لفلان على مائة دينار أو لفلان من أجل أنه لم يدر لمن هي منهما، فحصل الشك من المشهود عليه لا من الشاهدين، ولو كان الشك من الشاهدين بأن يقولا أشهدنا فلان أن عليه مائة دينار لأحد هذين الرجلين، وسماه لنا إلا أننا لا ندري من هو منهما نسيناه، لما جازت شهادتهما على المشهور في المذهب، وحلف لكل واحد منهما إن كان منكرا أو لمن أنكر منهما إن كان مقرا لأحدهما، وقد قيل: إن شهادتهما جائزة يلزمه بها مائة واحدة تكون لمن حلف منهما إن نكل أحدهما؛ أولهما يقتسمانها بينهما إن حلفا أو نكلا، وهو الذي يأتي على ما وقع في رسم الأسدية من كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة، ولابن وهب في رسم الأقضية والوصايا من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات، وقد قيل في هذا النحو من الشهادة: إنها تجوز في

الوصية بعد الموت ولا تجوز على الحي، ويتحصل فيها في الجملة ثلاثة أقوال: إجازتها في الوجهين، وإبطالها في الوجهين، والفرق بين الموضعين، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في المرأة تطلق وهي حامل ثم يفلس زوجها الذي طلقها؟

قال: لا تحاص بنفقتها الغرماء، وإنما هي بمنزلة امرأته التي تكون تحته فيفلس أنها لا تحسب لها نفقة؛ يريد: أنه لا تحاص بنفقتها الغرماء.

قال محمد بن رشد: معناه: لا تحاص بنفقتها فيما يستقبل، وأما ما أنفقت على نفسها فيما مضى فلها أن تحاص به الغرماء إن كانت ديونهم مستحدثة بعد أمد إنفاقها على ما مضى لسحنون في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة، وقد مضى من القول على ذلك هناك ما فيه كفاية، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: إن خرجت من هذه الدار

وقال ابن القاسم في الرجل يدفع إلى امرأته نفقة ولدها وقد طلقها فيدفع إليها نفقة كثيرة ثلاثين دينارا أو نحو ذلك ثم يفلس، قال: إن كان يوم دفع إليها عليه دين يحيص بماله أخذ ذلك كله منها لأنه فار بماله.

قال القاضي: وقعت هذه المسألة في سماع عيسى من كتاب الرضاع وزاد فيها هناك، فإن لم يكن عليه دين لم يؤخذ منها شيء، فأما قوله: إنه إن كان يوم دفع ذلك إليها عليه دين يحيط بماله أخذ ذلك كحقه منها لأنه فار بماله، فهو صحيح لا اختلاف فيه إذا فلس بحدثان دفعها قبل أن ينفق منها شيء، وأما إن فلس بعد أن إنفاق بعضها فإنما يرد ما بقي منها؛ إذ من حقّ المديان أن ينفق على ولده مما بيده من المال وإن كانت الديون مستغرقة له ما لم يفلس.

وأما قوله في كتاب الرضاع، فإن لم يكن عليه دين لم يؤخذ منها شيء فإنما يصح على قول أشهب وروايته عن مالك لا على أصل ابن القاسم، وقد بينا ذلك في السماع المذكور من كتاب الرضاع فتأمل ذلك هناك تجده صحيحا إن شاء الله.

مسألة:

وسألته عن الرجل يهلك فتقوم عليه امرأته بصداق عليه إلى أجل ببينة وقد قام عليه غرماؤه فشهد لهم عليها شاهد واحد أن المرأة صالحت زوجها على أن وضعت عنه ذلك الصداق، قال: يحلف الغرماء مع شاهدهم ويستحقون حقوقهم، فإن أبوا أن يحلفوا حلف من رضي واستحقوا حقهم قيل له: فإن حلفوا فاستحقوا حقهم، ثم طرأ

للميت مال فطلبت المرأة حقها، هل يحلف الورثة مع شاهدهم أيضاً ويبطل حقّ المرأة؛ أم أيمان أهل الدين تجزئهم؟

قال: بل يحلفوا مع شاهدهم ويبطلوا حقّ المرأة.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الغرماء يحلفون مع شاهدهم على إبراء الميت من الصداق ويستحقون حقوقهم؛ أي: يستحقون حقوقهم في تركة الميت فيتحاصون بها دون المرأة، صحيح على قياس قول مالك في الميت يقوم عليه الغرماء وله دين بشاهد واحد أن الغرماء يحلفون مع الشاهد على الدين فيستحقونه لأنفسهم من ديونهم؛ لأنها يمين مع الشاهد يصلون بها إلى استيفاء حقوقهم في المسألتين جميعا، فلا فرق في المعنى، والقياس بين أن يبرؤوا الميت من الصداق بحلفهم مع الشاهد فيستحقون تركته في ديونهم وبين أن يثبتوا له الدين بحلفهم عليه مع الشاهد به فيستحقونه في ديونهم، وقد حكى ابن حبيب عن أصبغ: أنه لا يحلف الغرماء في إبراء الميت، وإنما يحلفون في دين له؛ لأن حلفهم على الدين رجم بالغيب؛ إذ لا يعلمون ذلك، وهو بعيد قد أنكره ابن المواز وقال: إن ذلك ليس رجما بالغيب، وإنما يحلفون بخبر مخبر كحلفهم على إثبات دين له، وذلك بيان لا فرق في هذا المعنى بين الموضعين، وأما قوله: فإن أبوا أن يحلفوا حلف من رضي منهم واستحقوا حقهم، يريد: ويرجع اليمين على المرأة في حظ من نكل منهم، فيحاص بذلك من حلف؛ مثال ذلك: أن يترك الميت عشرين دينارا وعليه لامرأته عشرون دينارا ولغيريمين عشرون دينارا عشرة عشرة لكل واحد منهما، فإن حلف الغريمان جميعا مع الشاهد على إبراء الميت من الصداق أخذاها لعشرين لأنفسهما فاستوفيا حقوقهما، وإن نكلا جميعا حلفت هي وحالتهما في العشرين التي ترك المتوفى بجميع حقها، فصار لها عشرة ولكل واحد منهما خمسة خمسة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر رجعت اليمين عليها في حظ الناكل، فإن حلفت استحقت ما كان يصيب الناكل لو حلف، وذلك خمسة فيكون لها خمسة وللحالف عشرة وللناقل خمسة، وقد قيل: إن حقها يبطل أن من حلف منهم؛ لأنه إنما يحلف أن ما شهد به الشاهد حق؛ إذ لا يمكن أن تبعد شهادة الشاهد فيحلف على مقدار حقه منها، ويلزم على قياس هذا القول أن يكتفى بيمين أحدهم، وإن لم ينكل واحد منهم فيقال لهم: إما أن يحلف واحد منكم أن ما شهد به الشاهد حق، وإما أن يرجع اليمين عليها فتحلف على تكذيبه وتستحق حقها فتحاصكم بجميعه، والقول الأول أصح أن يحلفوا جميعا فيستحق كل واحد منهم بيمينه قدر حقه مما حلف عليه،

كما يحلف جميع الورثة إذا لم يكن عليه دين فيستحق كل واحد منهم بيمينه قدر حقه مما حلف عليه، وكما يحلف جميع الغرماء مع الشاهدين للميت. وقال في هذه المسألة: إن الغرماء يحلفون مع شاهدهم ويستحقون حقوقهم، فالظاهر من قوله: إنه بدأ الغرماء بالأيمان على الورثة، وفي هذا تفصيل، أما إذا كان فيما ترك المتوفى فضل عن دحون الغرماء فلا اختلاف في أن الورثة يبدؤون بالأيمان، فإن حلفوا بطل دين الميت واستحقوا ما فضل عن دحون الغرماء، وإن أبوا أن يحلفوا حلف الغرماء واستحقوا حقوقهم وحلفت المرأة فاستحقت في دينها ما فضل عن دحون الغرماء؛ إذ قد نكل الورثة أولا عن اليمين، وإن نكل الغرماء أيضاً عن اليمين حلفت المرأة فاستحقت دينها وحاصت الغرماء في جميع ما يخلفه المتوفى، وأما إن لم يكن فيما ترك المتوفى فضل عن ديون الغرماء، فاختلف قول مالك فيمن يبدأ باليمن إن كان الورثة أو الغرماء، فالظاهر من قوله في موطئه: أن الورثة يبدؤون باليمين، وروى ابن وهب عنه أن الغرماء يبدؤون باليمين، وهو اختيار سحنون، وعليه تقول قول مالك في موطئه فقال: إنما بدأ الورثة باليمين من أجل أن الغرماء لم يحلفوا بعدما قبضوا ديونهم، ولو كانوا قد حلفوا لكانوا هم المبدئين باليمين، وهو تأويل بعيد، والصواب: أن ذلك اختلاف من قول مالك، والاختلاف في هذا جار على اختلافهم في تعليل الدين الثابت على المتوفى هل هو متعين في تركة الميت أو في ذمته؛ فمن عمل أنه متعين في ذمة الميت بدأ الورثة باليمين، ومن علل أنه متعين في عين التركة بدأ الغرماء باليمين، وهذا الاختلاف في التعليل لا يرجع إلى الاختلاف في الحكم.

ووجهه: أن الميت لا يطرأ له مال إلا في النادرة، فمن راعى ذلك النادر قال: دين المتوفى متعين في ذمته لأنه إن تلف ما تخلف من المال وطرأ له مال لم يعلم به كان الدين فيه باتفاق، ومن لم يراع ذلك النادر قال الميت: لا ذمة له، فالديون التي عليه متعينة في تركته، فوجه تهدئة الورثة باليمين وإن لم يكن في تركته فضل عن ديون الغرماء هو أنه قد يطرأ للميت مال فيكون من حقوقهم أن يحلفوا مع الشاهد على إبطال دين المرأة فيستحقوا ذلك المال الطارىء، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل جاء بذكر حقّ فيه شراء وسلف، فقال صاحب الحق: إنما بعته متاعا بهذه الدنانير وأسلفته إياها بعد بيعي منه، وقال الذي عليه الحق: إنما هو بيع وسلف قال: القول قول صاحب الحقّ إلا أن يأتي الذي عليه الحقّ ببينة، وعلى صاحب الحقّ

اليمين، فإن أبى أن يحلف حلف الذي عليه الحقّ وفسخ الشراء، وقاله سحنون.

قال الإمام القاضي: هذا بين على ما قاله إذا كان ما قد وقع في ذكر الحقّ محتملا للصحة والفساد، مثل أن يذكر فيه أنه باع منه سلعة بمائة دينار وأسلفه عشرة دنانير فادعى البائع أنه أسلفه العشرة الدنانير بعد نفوذ البيع على غير شرط، وقال المبتاع: بل شرطت ذلك عليك في عقدة البيع، فوجب أن يكون القول قول البائع لأنه مدعي الصحة، فإن نكل عن اليمين كان القول قول المبتاع على ما ادعى من الفساد، وفي قوله: إن الشراء إذا حلف يفسخ نظر؛ لأن المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك: أن البيع والسلف لا يفسخ إذا رضي مشترط السلف بتركه أو رده بعد قبضه على ما وقع في أصل الأندية وأصلحه سحنون في المدونة، فيحتمل أن يكون قوله في هذه الرواية: إن البيع يفسخ على ما روي عنه من أن البيع والسلف إذا وقع يفسخ على كل حال، ويحتمل أن يكون إنما رأى فسخه من أجل أن السلف قد قبض، مثل قول سحنون، وما ذهب إليه ابن حبيب من: أن السلف إذا قبض فقد تم الفساد ووجب فسخ البيع ولم يجز إمضاؤه برد السلف، وأما إن كان ما وقع في ذكر الحقّ ظاهره الصحة على ما ادعى البائع فلا يمين المبتاع عليه فيما ادعاه من الفساد، إلا أن يقول: كنا أشهدنا على الحلال ومعاملتنا في السر على الحرام فتلزمه اليمين أن كان ممن يتهم باستحلال مثل هذا، ولا تلزمه اليمين إن كان ممن لا يتهم بذلك، ولو باع منه السلعة بمائة دينار نقدا على أن يسلف البائع المبتاع عشرة دنانير إلى شهر وكتبا بذلك ذكر حقّ تشاهدا عليه، فقال البائع: إنما بعتك السلعة بمائة دينار على أن أسلفك من ثمنها عشرة دنانير إلى شهر، فالبيعة صحيح لا فساد فيه؛ لأن مآله إلى أن بعت منك السلعة بتسعين دينارا نقدا وعشرة دنانير إلى أجل، وقال المبتاع: إنما اشتريت منك السلعة على أن تسلفني عشرة دنانير من غير ثمنها فالبيع فاسد، لأنه يدخله بيع وسلف، وذهب وعروض بذهب معجلة ومؤجلة لوجب أن يكون القول قول البائع مع يمينه لأنه مدعي الصحة، فإن نكل عن اليمين فسخ البيع بالنزول دون أن ترجع اليمين على المبتاع لتشاهدهما على الفساد في الظاهر، بدليل ما وقع في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح في مسألة الذي يصالح الوارث على جميع حظه من ميراث رجل وله حظ مجهول في منزل ببلد آخر، فادعى أحدهما على صاحبه أنه علم ذلك الحظ ففسد الصلح لوقوعه عليه، فأنكر أن يكون علم به أو وقع الصلح عليه ليصح فيما عداه مما علما به، فقال: إنه يحلف ما علم به، فإن نكل فسخ الصلح؛ يريد: دون

ردّ يمين؛ لأن الظاهر أنه الصلح قد وقع عليه لأنه من المورث وهما قد تصالحا على جميع المورث، وقد قال بعض الشيوخ: إن ردّ اليمين في هذه المسألة خلاف قوله في مسألة كتاب الدعوى والصلح المذكورة؛ إذ قال فيها: إن البيع يفسخ دون ردّ يمين، وليس ذلك بصحيح بل يرجع اليمين في ذلك في وجه دون وجه على ما فصلناه، وبينا القول فيه وشرحناه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى أن عليه دينا لأناس لا يعرفون، وأوصى أن يتصدق ببعض متاعه يقول: ليس هو لي وليس له صاحب يعرف، قال: يبدأ هذا على الدين إلى أن يقيم بينة على الدين فيبدأ به ثم يبدأ هذا بعده، قال: وهذا كله واحد، فإن كان ورثه ولد قبل قوله في جميع ذلك أوصى بأن يتصدق به عنهم أو يوقف لهم، وإن كان يورث كلالة فأوصى أن يحبس ويوقف حتى يأتي لذلك طالب فذلك جائز عليهم من رأس المال، وإن أوصى بأن يتصدق به عنهم لم يقبل قوله ولم يخرج من رأس المال ولا من الثلث، وهذا ناحية قول مالك.

قال محمد بن رشد: قوله: يبدأ هذا على الدين؛ يريد: أنه تبدأ الأشياء المعينة على الدين، وهذا إذا لم تقم على واحد منهما بينة أو قامت على جميعهما بينة، وأما إن قامت على أحدهما بينة دون الآخر فيبدأ الذي قامت عليه البينة منهما على الذي لم تقم عليه البينة، وقد مضى تمام القول في هذه المسألة مستوفى في رسم ليرفعن أمرا إلى السلطان من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أسلم وله بنون

وسئل عن الرجل يرهقه الدين وفي يده جارية فيزعم أنها قد أسقطت منه، أيقبل قوله أم تباع للغرماء؟

قال: لا يقبل قوله في ذلك إلا أن تقوم على ذلك بينة من النساء، أو يكون قبل ادعائه بذلك سماع أو أمر قد فشى في الجيران حتى يستدل به على صدقه، فإن كان كذلك قبل قوله، وإلا فقوله باطل وهي تباع للغرماء، وفي رواية محمد بن خالد، عن ابن القاسم مثله، قال ابن القاسم: أو يكون قد سمع ذلك منه.

قال الإمام القاضي: قول ابن القاسم: أو يكون قد سمع ذلك منه قبل أن تستغرق الديون ذمته، وهو ثابت في بعض الروايات دون بعض، والمسألة كلها صحيحة لا اختلاف أعلمه في أنه لا يصدق من استغرقت الديون ذمته في أنه أعتق أمته، ولا في

أنها ولدت منه إذا لم يكن معها ولد، ولا في أنه يصدق إذا كان معها ولد، واختلف إذا باعها ثم أقر بعد البيع أنها كانت ولدت منه ولا ولد معها، فقيل: إنه لا يصدق كما لا يصدق إذا زعم أنه أعتقها، وقيل: إنه يصدق وترد إليه إذا لم يتهم فيها بخلاف إذا زعم أنه أعتقها، والقولان في كتاب اللقطة من المدونة، واختلف إذا أقر في مرضه الذي مات منه أنها ولدت منه ولا ولد معها على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه إن كان يورث بولد عتقت من رأس المال، وإن كان يورث بكلالة لم تعتق من رأس المال ولا من الثلث.

والثاني: أنه إن كان يورث بولد أعتقت من رأس المال، وإن كان يورث بكلالة أعتقت من الثلث.

والثالث: أنها لا تعتق من رأس المال ولا من الثلث كان يورث بكلالة أو ولد، فيتحصل من ذلك في كل طرف قولان: تعتق من رأس المال، ولا تعتق من رأس المال، ولا من الثلث إذا ورث بولد، وتعتق من الثلث ولا تعتق من رأس المال ولا من الثلث إذا ورث بكلالة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال عيسى: وسألته عن الرجلين لهما الحقّ على الرجل بذكر حقّ واحد، وللذي عليه الحقّ حقّ على أحدهما فيقاصه الشريك الذي عليه للغريم الحقّ بماله من ذلك الحقّ المشترك بنصيبه منه بغير إذن صاحبه. أيكون له ذلك؟

فقال: يدخل معه صاحبه فيما اقتضى منه كانت مقاصة أو تقاضيا عن ظهر يد.

قلت: إن كان الذي عليه الحقّ مليا؟

قال: نعم وإن كان الذي عليه الحقّ مليا.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ إذ لا فرق في المعنى بين أن يقتضي منه حقه أو يقاصه به، فأما كان له عليه من دين، ولا اختلاف أعلمه في أن للشريك أن يدخل على شريكه فيما اقتضى بغير إذنه من دين هو بينهما دخلا فيه بالطوع منهما، وإنما اختلف إذا باعه بعرض أو كان عرضا فباعه بعين، فقيل: إنه لا يدخل عليه، وهو النفي يأتي على ما في السلم الثاني من المدونة على اختلاف في تأويل ذلك، وقيل: إنه يدخل عليه إن شاء، فيأخذ منه نصف ما أخذ ويكون ما بقي على الغريم بينهما، وقيل: إنه يأخذ منه نصف ما أخذ، فإذا اقتضى حقه رجع عليه بقيمة ما أخذ منه يوم أخذت إن كان أخذ منه عرضا، قيل: بالغا ما بلغ، وقيل: ما لم يكن أكثر من نصف ما بقي على

الغريم وبعدد ما أخذ منه إن كان أخذ عينا، ويكون أيضاً ما بقي على الغريم بينهما، وقيل: إنه يأخذ منه نصف ما أخذ، فإذا اقتضى حقه رجع عليه شريكه بعدد ما قبض منه، واختلف أيضاً إذا كان الدين لهما من ميراث أو جناية لم يدخلا فيه بطونهما، فقيل: إنه يدخل على شريكه فيما اقتضى منه، وهو قول ابن القاسم، وقيل: إنه لا يدخل عليه في ذلك، وهو مذهب سحنون.

واختلف إذا صالحه أحدهما ببعض حقه فاختار الرجوع عليه، فقيل: إنه يرجع عليه على حساب ما كان له عليه في الأصل، وقيل: بل إنما يرجع عليه على حساب ما بقي له عليه بعدما وضع عنه، والقولان في كتاب الصلح من المدونة، قيل: ويتبعان جميعا الغريم، وقيل: بل يتبعه الذي لم يصالح، فإذا قبض حقه رجع عليه الذي صالح بما أخذ منه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسألت مالكا عن الذي يوصي بوصايا، ويقول: من جاء يدعي قبلي من دينار إلى عشرين دينارا فاقضوه بغير بينة؟

فقال: تكون تلك العشرون دينارا من رأس المال ولا يزاد من ماله على عشرين دينارا أن لو جاء يدعي قبله بأكثر منها، لو ادعى رجل عشرة دنانير وآخر خمسة عشر وادعى قبله من نحو هذا العدد حتى بلغت أكثر من مائة دينار؟

قال: يتحاصون في العشرين دينارا على قدر ما ادعى كل واحد منهم إن كان عدد ما ادعى كل واحد منهم أدنى من عشرين دينارا.

قال ابن القاسم: ولا أرى لمن ادعى قبله أكثر من عشرين دينارا في عشرين دينارا شيئا.

قال مالك: وأرى أن لا يعجل في العشرين دينارا حتى يعلم كل من يدعي قبله شيئا قال: ولا يشاع هذا الأمر ولا يفشى ولا يستتر به.

قال ابن القاسم: والدين الذي تكون عليه بينة مبدأ على العشرين دينارا، وفي سماع محمد بن خالد قال ابن القاسم: قال مالك في رجل حضرته الوفاة: فقال عند موته: إنني كنت لابست الناس ووقعت بيني وبينهم ديون، فمن جاء يدعي قبلي شيئا من دينار إلى خمسة وعشرين دينارا فاقضوه إياه، إنه إن جاء أحد يطلب كما ذكر صدق مع يمينه وكان ذلك من رأس ماله.

قال الإمام القاضي: قوله في الذي يوصي فيقول: من جاء يدعي قبلي من دينار إلى

عشرين دينارا فاقضوه بغير بينة: إن العشرين تخرج من رأس ماله دون زيادة عليها، فيتحاص فيها كل من ادعى أدنى من عشرين صحيح في المعنى، والوجه في ذلك: أن لفظة (من) في قوله: من جاء يدعي قبلي من كذا إلى كذا يحتمل أن تكون بمعنى الشرط فيقتضي العموم، ويكون بمنزلة قوله كل من جاء يدعي قبلي من كذا إلى كذا فاقضوه، ويكون المعنى المفهوم من إرادته: أنه علم أن عليه لجماعة لا يعرف عددهم حقوقا دون العشرين فأراد أن يقضي كل من ادعى أن له عليه أدنى من عشرين ليتخلص من جميع ما عليه من الديون، ويحتمل أن تكون لفظة من في قوله من جاء يدعي قبلي من كذا إلى كذا بمعنى الذي، فلا تقتضي العموم، ويكون ذلك بمنزلة قوله الرجل الذي يدعي قبلي من كذا إلى كذا فاقضوه، ويكون المعنى المفهوم من إرادته: أنه علم أن عليه حقًّا دون العشرين لرجل واحد لا يعرف عينه ولا اسمه، فأراد أن يقضي ذلك الرجل حقه وجعل العلامة على أنه صاحب الحقّ إتيانه وادعاءه القدر الذي سمى، فلما كان اللفظ محتملا للوجهين على ما ذكرناه وجب أن يحمل على الثاني منهما الذي هو بمعنى الذي؛ لأنه الأقل على أصولهم في وجوب ترك الحكم بما شكك فيه من الوصايا وغيرها، ولو جاء بعلم لفظة من بفعل يظهر فيه الإعراب لارتفع في ذلك الإشكال، مثل أن يقول: من يجيء بالجزم يدعي من كذا إلا كذا فاقضوه، أول من يجيء بالرفع يدعي من كذا وكذا إلا كذا وكذا فاقضوه؛ لأن الجزم يدل على الشرط، وهو بمعنى العموم بخلاف الرفع، ولا خلاف فيما ذكره من أن العشرين إذا أخرجت من رأس المال يتلاصق فيها كل من ادعى أدنى من عشرين؛ يريد: بعد أيمانهم، وأنه لا حقّ فيها لمن ادعى أكثر من عشرين، واختلف فيمن ادعى عشرين فقيل: إنه لا شيء له حكى ذلك سحنون، عن ابن القاسم، وهو على القول بأن إلى غاية لا يدخل ما بعدها فيما قبلها، وقيل: إنه يحاص بها، وهو على القول بأن إلا بمعنى مع، وهو الأظهر فيه هذه المسألة، وفي ألفاظ المسألة دليل على القولين، وأما من ادعى دينارا فإنه يحاص به في العشرين، قال: من جاء يدعي قبلي دينارا إلا عشرين أو من دينار إلا عشرين، ولو قال: من جاء يدعي قبلي ما بين دينار إلى عشرين لدخل الاختلاف في الدينار أيضاً، فقد اختلف أهل العلم فيمن قال لفلان: علي ما بين دينار إلى عشرة، فقيل: إنه يحكم عليه بثمانية، وقيل: بتسعة، وقيل: بعشرة، ولكل قول منها وجه؛ وقد قيل: إنه لا يحكم عليه بشيء؛ لأنه إنما أقر له بما بين الواحد والعشرة ولا شيء بينهما وهو بعيد، وما في سماع محمد بن خالد عن مالك من رواية ابن القاسم عنه ليس بخلاف لما قبله من

قوله في رواية عيسى عن ابن القاسم؛ لأن قوله: إني كنت لامست الناس ووقعت بيني وبينهم ديون دليل على أنه أراد بقوله من جاء يدعي قبلي حقان من دينار إلى خمسة وعشرين دينارا العموم بمنزلة ما لو قال كل من جاء يدعي قبلي حقان من دينار إلى خمسة وعشرين دينارا، وقد رأيت لابن دحون أنه قال: هو خلاف لما قبله، لا يلزم الورثة في هذه المسألة على ما قبله غير إخراج خمسة وعشرين دينارا ليتحاص فيها كل من ادعى خمسة وعشرين فأقل، وقوله بعيد جدا، لا إشكال عندي في أنه لا يجوز ردّ هذه المسألة إلى التي قبلها، ولو قال: أن التي قبلها ترد إليها لكان له وجه لما ذكرناه من الاحتمال فيها، وهذا الذي ذهبنا إليه من الفرق بين أن يقول: من جاء يدعي قبلي من كذا إلى كذا، وبين أن يقول: كل من جاء يدعي قبلي من كذا إلى كذا قد نص عليه ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ، فلم يلق التسمية مع كل إلا أنه قصر ذلك على الثلث بمنزلة ترك التسمية، مثل أن يقول: من ادعى عليه حقًّا فاقضوه إياه، وذلك من قصره إياه على الثلث خلاف لما في العتبية؛ إذ لم يقصر فيها شيئا من ذلك على الثلث عم أو خص سمى العدد أو لم يسمه، وإيجاب اليمين عليه في سماع محمد بن خالد يجري على الاختلاف في لحوق يمين التهمة حسبما ذكرناه في مسألة رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم، وقد قيل: إن الخلاف في ذلك لا يدخل في هذه؛ لأن المصدق في تلك معين، وفي هذه غير معين، والقياس: أن لا فرق بينهما؛ لأن المعنى يجمعهما، وهو اتهام الورثة مع تصديق المتهم، ولو نص المتوفى على تصديقهم دون يمين لسقطت عنهم اليمين قولا واحدا، والله أعلم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب جاع فباع امرأته

وسئل عن يتيم له وصي واليتيم مصلح وقد بلغ الحلم ومثله لو طلب ماله أعطيه لصلاحه، تزوج بغير إذن وليه، ثم فسد وقبحت حاله بعد النكاح وقبل أن يدخل عليها، وسفه وصار ممن تجوز عليه الولاية فطلقها في سفاهة ثم صالح أختانه على أن أخذ منهم أقل من نصف ما ساق إليها، وذلك بعلم الوصي؟

قال: لا يجوز أن يضع عنهم شيئا من نصف الصداق، وإن أذن بذلك الوصي.

قيل له: فإن زعم ختنه أنه قد دفع إليه أكثر من النصف وأنكر هو ذلك؟

قال: يغرم ختنه نصف الصداق كاملا إلى وصيه وإن أقر له السفيه أنه قد اقتضاه كله لم يبره ذلك وكان عليه غرمه مرة أخرى؛ لأنه لم يكن له أن يعطيه شيئا، وأما نكاحه على ما ذكرت من صلاحه من غير إذن وليه فهو جائز، وهو مثل ما لو أذن له وليه إذا

كان يوم تزوج على ما ذكرت من حسن حاله.

قال محمد بن رشد: أجاز ابن القاسم نكاح اليتيم بغير إذن وصيه إذا كان في تلك الحال رشيدا في أحواله، وهذا هو المعلوم من مذهبه المشهور من أقواله: إنه الولاية الثابتة على اليتيم لا يعتبر بثبوتها إذا علم الرشد ولا بسقوطها إذا علم السفه، خلاف للمشهور من مذهب مالك، وعامة أصحابه: أن المولى عليه بوصي من قبل أب أو مقدم من قبل سلطان لا تجوز أفعاله، وإن علم رشده حتى يطلق من الولاية التي لزمته، وقد روى زونان عن ابن القاسم مثل قول مالك، وروى ابن وهب عن مالك مثل قول ابن القاسم، وأما اليتيم الذي لم يوص به أبوه إلى أحد ولا قدم عليه السلطان وليا ولا ناظرا ففي ذلك أربعة أقوال:

أحدها: أن أفعاله كلها بعد البلوغ جائزة نافذة رشيدا كان أو سفيها، معلنا بالسفه أو غير معلن به، اتصل سفهه من حين بلوغه أو سفره بعد أن أنس منه الرشد من غير تفصيل في شيء من ذلك، وهو قول مالك، وكبراء أصحابه.

والثاني: أنه إن كان متصل السفه من حين بلوغه فلا يجوز شيء من أفعاله، وأما إن سفره بعد أن أنس منه الرشد فأفعاله جائزة عليه ولازمة ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة بينة، مثل أن يبيع ثمن ألف دينار بمائة دينار وما أشبه ذلك، فلا يجوز ذلك عليه ولا يتبع بالثمن إن أفسده من غير تفصيل بين أن يكون معلنا بالسفه أو غير معلن به، وهو قول مطرف، وابن الماجشون.

والثالث: أنه أن كان معلنا بالسفه فأفعاله غير جائزة، وإن لم يكن معلنا به فأفعاله جائزة، من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل، وهو قول أصبغ.

والرابع: أنه ينظر إلى حاله يوم بيعه وابتياعه وما قضى به في ماله، فإن كان رشيدا في أحواله جازت أفعاله كلها، وإن كان سفيها لم يجز منها شيء من غير تفصيل بأن يتصل سفهه أو لا يتصل، وهو قول ابن القاسم، واتفق جميعهم على أن أفعاله جائزة لا يرد منها شيء إذا جعلت حاله ولم يعلم برشد ولا بسفه، وكذلك اتفقوا أيضاً أن على الإمام أن يولي عليه إذا ثبت عنده سفهه فخشي ذهاب ماله، وبالله التوفيق لا شريك له، وبه التوفيق.

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الرجل يغيب ببلد قريب الغيبة أو بعيد فيبيع السلطان ماله لغرمائه، والغائب حي يعرف موضعه ولا يعرف عدمه ولا ملاحه فيجد الرجل السلعة بعينها

فيريد أخذها، هل يكون ذلك له؟

قال ابن القاسم: إن كانت غيبته غيبة قريبة الأيام اليسيرة التي ليس فيها ضرر على الغرماء ولا يعرف ملاذه في ذلك كتب إليه فيه وكشف عن أمره حتى يفلس فيأخذ أصحاب السلع سلعهم، أو لا يفلس، وإن كانت غيبته بعيدة ولا يعرف عدمه فيها ولا ملاحه، أو يعرف عدمه ولا يدعى أين هو أو لا يعرف موضعه، فهو بمنزلة المفلس يتخذ من وجد سلعته بعينها، ويتحاص جميع غرمائه في ماله الذين حفلت ديونهم والذين لم تحل جميعاً، وإن كانت غيبته بعيدة إلا أنه يعرف ملاحه فيها بموضعه الذي هو فيه لم يفلس ولم يكن مفلسا، وقضي الغرماء الذين حلت ديونهم كما تعدى على مال الغائب ويترك الآخرون إلى آجالهم، ومن وجد سلعته لم يكن له إليها سبيل، ورواها أصبغ عن ابن القاسم وقال: هي حسنة إن شاء الله تعالى، وفي آخرها غمز وكسر ولا يحملها القياس، وأشهب يخالفه فيها ويرى أن يفلس وإن كان يعرف ملاؤه في غيبته، سألته عنها فقال لي: واحتج، قال لي: أرأيت رجلا حاضرا بمصر وله مال بالأندلس لا يدرك ما حدث عليه، ألا يفلسوه؟

قال أصبغ: وذلك القياس عندي، وهو أعجب لي، وقد قال في كتاب القضاء المحض: قول ابن القاسم أحب إليّ استحسانا.

قال: والقياس قول أشهب.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة تكلم فيها على وجهين: أحدهما: بيع مال الغائب لغرمائه، والثاني: تفليسه.

فأما بيع ماله لغرمائه فلا اختلاف في وجوب بيع ذلك لهم كما لو كان حاضرا، إلا أنه يختلف هل يستأني بذلك إن خشي أن يكون عليه دين لسواهم أم لا؟ فقيل: إنه لا يستأني به لأن له ذمة، وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه في بعض روايات المدونة، وظاهر قوله في هذه الرواية، وقيل: إنه يستأني به ولا يعجل بقضاء من حضر حتى استبرأ أمره ويجتمع أهل دينه كالميت الذي لا ذمة له، وهو قول ابن القاسم وغيره من الرواة في المدونة، وهذا في الحاضر والقريب الغيبة، وأما البعيد الغيبة فلا اختلاف في وجوب الاستيناء به إذا خشي أن يكون عليه دين.

وأما تفليسه حتى يقضى دين من لم يحل دينه ويكون من وجد سلعته أحقّ بها إذا جهلت حاله فلا اختلاف في أنه لا يقضى بذلك في القريب الغيبة حتى يكتب في أمره ويكشف عن حاله، ولا في أنه يقضى بذلك في البعيد الغيبة، واختلف إن علم ملاؤه

في بعد غيبته، فقيل: إنه يفلس، وقيل: إنه لا يفلس، على القولين المذكورين في هذه الرواية، وهذا الاختلاف إنما هو عندي فيما كان على مسيرة العشرة الأيام ونحوها، وأما الغيبة البعيدة على مسيرة الشهر ونحوه، وفي مثل مصر من الأندلس فلا اختلاف في أنه يجب تفليسه فيها وإن عرف ملاؤه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يدعي قبل الرجل حقًّا فيقول: احلف لي على أن ما ادعيت عليك به ليس بحق وأبرأ، فيقول المدعى عليه: بل احلف أنت وخذ، فإذا هم المدعي أن يحلف بدأ للمدعى عليه، وقال: لا أرضى بيمينك ولم أظن أنك تجترىء على اليمين وما أشبه ذلك، وهل ذلك عند السلطان وغيره سواء؟

قال ابن القاسم: ليس للمدعى عليه أن يرجع، ولكن يحلف المدعي ويحق حقه على ما أحب الآخر أو كره، قد ردّ عليه اليمين فليس له الرجوع فيها، وسواء كان ذلك عند السلطان أو غيره إذا شاهد عليه بذلك أو أقر به.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة متكررة في هذا السماع من كتاب الدعوى والصلح، ومثله في كتاب الديار من المدونة، ولا اختلاف أعلمه في أن ليس له أن يرجع إلى اليمين بعد أن يردها على المدعي. واختلف هل له أن يرجع إليها بعد أن نكل عنها ما لم يردها على المدعي، فقال: ليس ذلك له، وهو ظاهر ما في الديات من المدونة، ورواية عيسى من ابن القاسم في المدنية، وقيل: ذلك له، وهو ظاهر قول ابن نافع في المدنية، والقولان يحتملان، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عن المرأة يكون لها على زوجها الصداق يحيط بماله إلى أجل قريب أو بعيد، هل له أن يعتق أو يهب؟

قال ابن القاسم: لا؛ ليس ذلك له، وهو دين من الديون.

والدليل على ذلك: أن المرأة أسوة الغرماء إذا فلس الزوج أو مات، تضرب مع الغرماء بصداقها، فلما نزلت هذه المنزلة لم يكن لزوجها أن يبطل دينها عليه.

قال محمد بن رشد: أما إذا دخل الرجل بزوجته فلا إشكال ولا اختلاف في أنه لا يجوز له أن يهب ولا أن يعتق إذا كان الصداق الذي عليه يحيط بماله إلا أن يدخل الاختلاف في ذلك من اختلافهم في وجوب إسقاط الزكاة به، وهو بعيد، وأما إذا لم يدخل بزوجته فله أن يهب ويعتق إذا لم يحط بماله نصف صداقها؛ لأنه يملك إسقاط

نصفه عن نفسه بالطلاق، وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وسئل عن رجل أقر أن لرجل عليه عشرة دنانير نقدا، فأتاه بدنانير ينقص كل دينار ثلث أو ربع وقال هذا مالك علي، أيقبل قوله؟

قال: نعم يقبل قوله ويحلف إذا كان إنما هو بإقراره، وإنما النقصان بمنزلة العدد، بمنزلة ما لو قال: ليس لك إلا خمسة أو ستة وادعى الآخر غير ذلك، فالقول قول المقر، وقد بين أيضاً له النقصان في أول.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها ولا لبس في شيء من معانيها، وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع شاة

وسألته عن المبتوتة تكون في بيت بكراء فيفلس زوجها، هل هي أولى من الغرماء؟

قال ابن القاسم: إن كان زوجها قد غرم الكراء فهي أولى به من الغرماء، وإن كان لم يؤد كانت أولى وكان عليها الكراء من مالها.

قال محمد بن رشد: قوله: تكون في بيت بكراء؛ يريد: كراء لوجيبة معلومة تستغرق العدة، بدليل قوله، وإن لم يؤد كانت أولى وكان عليها الكراء؛ إذ لو كان الكراء مشاهرة لكان أهل الدار أحقّ بدراهم.

وقوله: إن كان زوجها قد غرم الكراء فهي أولى به صحيح؛ لأنه إذا غرم الكراء صار السكنى حقًّا من حقوقه، فوجب أن تكون المرأة أحقّ به من الغرماء، كما كانت تكون أحقّ به من الورثة لو مات بعد أن بات طلاقها، وهي ساكنة فيها، وكما كانت تكون أحقّ به منهم في عدة الوفاة.

وقوله: إن الكراء يكون عليها من مالها إن كان الزوج لم يؤده قبل أن يفلس صحيح؛ يريد: ولا تحاص به الغرماء إذ لم يجب لها قبل التفليس، وإنما يجب لها في المستقبل، وقوله هذا يدل على قياس قول ابن القاسم في المدنية في الذي يطلق امرأته طلاقا بائنا ثم يموت إن حقّ المرأة لا يسقط في السكنى إن كانت الدار للميت أو كانت بكراء فنقد الكراء، ويسقط إن لم تكن الدار للميت؛ لأن القياس يوجب أن تكون أحقّ من الغرماء في التفليس في الموضع الذي تكون فيه أحقّ من الورثة في الموت، ويجب في هذه المسألة إذا فلس الزوج قبل أن ينقد الكراء أن يحاص به الغرماء على قياس

قول ابن القاسم في كتاب طلاق السنة من المدونة: إن الكراء لا يسقط عن الزوج بالموت إذا طلق ثم مات؛ لأنه إذا لم يسقط بالموت وكان دينا من الديون يبدأ في الموت على الميراث وجب ألا يسقط في التفليس، وأن يكون دينا من الديون يحاصر به الغرماء، ويجب في هذه المسألة ألا تكون المرأة أحقّ بالسكنى وإن كان الزوج قد نقد الكراء على قياس رواية ابن نافع عن مالك في كتاب طلاق السنة من أن السكن الواجب بالطلاق يسقط بالموت، كان المسكن للميت أو لم يكن، ولو طلقها ولا مسكن له فدفع إليها خرج عدتها ثم فجلس لتخر ذلك على قولين: أحدهما: أن الغرماء أولى بذلك، والثاني: أنها هي أولى به منهم إن كان يوم دفع ذلك إليها قائم الوجه.

وقد تكلمنا على وجه تخريج هذين القولين في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب الرضاع فأغنى ذلك عن إعادته هاهنا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يشهد لامرأته في صحته بحق لها عليه ثم مكثت سنتين أو ثلاثا ثم فلس أتحاص الغرماء؟

قال: نعم إذا جاءت ببينة.

قال ابن القاسم: إذا قامت عليه البينة على إقراره قبل التفليس حاصت الغرماء.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على المشهور في المذهب من أن من أقر بدين لوارث في صحته أن ذلك له في حياته وبعد وفاته، ويأتي فيها على قول ابن كنانة، والمخزومي، وابن أبي حازم، ومحمد ابن مسلمة: أن ذلك لا يكون له إلا في حياته، ولا يكون له بعد وفاته إلا أن يكون لها أن تحاص بذلك الغرماء بعد التفليس، وبالله التوفيق.

من نوازل عيسى بن دينار

وسئل عيسى عن رجل كانت له دنانير أو دراهم أو شيء مما يكال أو يوزن مما إذا غاب عليه لم يعرفه بعينه على رجل وعلى أبيه، فدفع الأب ما عليه إلى ابنه ليدفعه إلى الغريم، فقال له: هذا مالك على أبي، ثم ادعى الغريم بعد ذلك أنه إنما قبضه من الابن قضاء عنه وأنكر ما قال الابن؟

قال: القول ما قال الغريم مع يمينه، إلا أن يأتي الابن ببينة تشهد له أنه قال له: هذا الحقّ على أبي.

قلت: فإن أتى بالبينة على أمر أبيه إياه أن يدفع ذلك عنه؟

قال: لا ينفعه ذلك حتى يأتي بالبينة على الدفع، كان على الأمر بينة أو لم تكن.

قال عيسى: إلا أن تقوم البينة أن ذلك الشيء الذي قضى شيء أبيه.

قال محمد بن رشد: هذا بيان على ما قاله؛ لأن الابن مدع فيما ذكر من أنه قضاه الحقّ الذي كان له على أبيه، وقد أحكمت السنة: " أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر (١) "، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يقول لغريمه وقد حل حقه: إن عجلت لي كذا وكذا من حقي فبقيته عنك موضوع إن عجلت ذلك لي نقدا الساعة أو إلى أجل يسميه، فعجل ذلك له نقدا أو إلى أجل إلا الدرهم والنصف أو أكثر من ذلك يعجز عنه، هل تكون له الوضيعة لازمة؟

فقال: ما أرى الوضيعة تلزمه إذا لم يعجل له جميع ذلك، وأرى الذي له الحقّ على شرطه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة يتحصل فيها أربعة أقوال:

أحدها: قوله في هذه الرواية، وهو قول أصبغ في الواضحة، ومثله في آخر كتاب الصلح من المدونة أن الوضيعة لا تلزمه إلا أن يعجل له جميع ما شرط إلى الأجل

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ١٦٥٠، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ٨٧، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٤١٣٦، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٦٩٠، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١١٤١، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٩٤٠، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٣٠٩١، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٥٤، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٩١٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٥١٢٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢١٠١، وأخرجه ابن أبي عاصم في الديات حديث رقم: ١٤١، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف حديث رقم: ٤٣٩، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ١٥١٥، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم٣٥٧١ :، وأخرجه ابن حزم الظاهري في المحلى بالآثار حديث رقم: ٤١٣، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في الإنصاف فيما بين علماء المسلمين حديث رقم: ١٠، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٤٢٢٢، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٢١٥٧، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب حديث رقم: ١٠١٩، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٣٨٥.

الذي سمى وهو أصح الأقوال.

والثاني: أن الوضيعة له لازمة بكل حال، ولا ينتفع صاحب الدين بشرطه، وهو قول ابن الماجشون، ونحوه ما في سماع أشهب من كتاب الضحايا في الذي يسلف في ضحايا ليرقى بها في الأضحى فلا يأتيه بها المسلم إليه إلا بعد ذلك أنه يلزمه أخذها ولا خيار له في تركها، وما في السلم من المدونة في السلم ينعقد على تعجيل رأس المال فيتأخر النقد إلى حلول الأجل بهروب من المسلم وهو عرض أن السلم لازم للمسلم إليه، ولا خيار له فيه.

والثالث: أن الوضيعة لا تلزمه إلا أن ينقص الشيء اليسير من شرطه، وهو على ما روى مطرف عن مالك في الذي يسلف في الضحايا على أن يؤتى بها في الأضحى فلا يؤتى بها في الأضحى: أنها لا تلزمه إلا أن يأتيه بها بقرب الأضحى بعد اليوم واليومين.

والرابع: أنه يلزمه منذ الوضيعة بقدر ما عجل له من حقه، وهذا يأتي على ما في سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يكون له على الرجل الذكر الحقّ فلا يقوم عليه حتى يموت الذي عليه الحق، فاقتسم ورثته ماله وهذا حاضر ينظر، ثم قام بعد بذكر الحق؟

قال: فلا شيء له إلا أن يكون له عذر في تركه القيام، أو يكون لهم سلطان يمتنعون به أو نحو هذا مما يعذر به فهو على حقه أبدا، وإن طال زمانه إذا كان له عذر من بعض ما وصفنا؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يبطل حقّ امرىء مسلم وإن قدُم ".

قال الإمام القاضي: هذا خلاف قول سحنون في نوازله من هذا الكتاب: إن السلطان إذ باع مال الميت فقضى بعض غرمائه وبقيتهم حضور ثم قاموا عليهم أن لهم الدخول عليهم، ولا يضرهم علمهم بموت صاحبهم وأن ماله بيع لمن قام طالبا لحقه من غرمائه، وفرق بين ذلك وبين بيع مال المفلس يباع لبعض غرمائه وبقيتهم حضور لا يقومون، إن المفلس له ذمة تتبع، فيحمل سكوتهم على أنهم رضوا باتباع ذمته، والميت لا ذمة له، فيكون القول قولهم: إنهم إنما سكتوا غير راضين بترك حقوقهم، وقد كان شيخنا الفقيه أبو جعفر رضي الله عنه يقول: ليس بين المسألتين فرق بيان، ولو قيل في هذا الفرق بالعكس لكان راتبه، فتحصل في المسألة على ما كان يذهب إليه أربعة أقوال: ألا قيام في المسألتين، والقيام فيهما جميعا، والفرق بينهما على ما في نوازل

سحنون، والفرق بينهما على عكسه حسبما ذكرناه عن الشيخ، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عيسى عن السفيه يبيع قبل أن يولي عليه، هل يجوز بيعه؟

قال: أما ابن كنانة، وابن نافع، وجميع أصحاب مالك فيقولون: بيعه قبل أن يولى عليه جائز إلا ابن القاسم وحده فإنه كان يقول: بيعه وقضاؤه في ماله قبل أن يولي عليه سواء لا يجوز؛ لأنه لم يزل في ولاية منذ كان وإن لم يكن له ولي؛ لأن السلطان ولي من لا ولي له، فإذا كان في ولاية السلطان حتى ولى السلطان عليه وليا يتولاه ويقوم به جعل عليه من أمره مثل الذي كان إليه منه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها في رسم جاع من سماع عيسى، فلا وجه لإعادته، وبالله التوفيق.

من سماع يحيى من ابن القاسم من كتاب الأقضية

وسجل عبدالله بن وهب عن الرجل يفلس فيجد أحد الغرماء متاعه بعينه بيد المفلس فيريد أخذه ويريد الغريم دفعه إليه، فيقول الغرماء: لا ندفعه إليه بل نحبسه عليك لما نرجو فيه من الزيادة وندفع إلى ربّ السلعة حقه الذي له عليك، فيقول المفلس: إني أخاف أن يهلك قبل أن يباع علي فيبقي حقّ ربّ السلعة دينا على ولم ننتفع بالذي نرجو من الزيادة فيه، فإن حبستموه علي فهو لكم بالثمن وأنا بريء من ضمانه، فيقولون: بل ضمانه منك وزيادته لك، ونحن أحقّ بحبسه عليك لما نرجو من زيادته لك فيما نقص من حقنا الذي عليك، فيدفعوا كذا إلى الغريم حقه ثم تهلك السلعة قبل أن تباع؟

قال: أرى ضمانها من الغرماء يقاصهم بها المفلس فيما لهم عليه، فإن بيعت وسلمت كان فضلها للمفلس.

قال محمد بن رشد: الأصل في هذه المسألة قول النبي صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل فلس فأدرك رجل ماله بعيبه فهو أحقّ به من غيره "، فاتفق مالك وأصحابه لهذا الحديث وما كان في معناه على: أن البائع أحقّ بسلعته التي باع في التفليس من الغرماء بجميع الثمن الذي باعها به، واختلفوا إن أراد الغرماء أن يأخذوها لفضل يرجونه فيها ويؤول إليه ثمنها على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لهم شاء المفلس أو أبى؛ فعلى هذا القول، وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، وروايته عن مالك في المدونة، وفي رسم طلق من سماع ابن القاسم من

هذا الكتاب في بعض الروايات تكون مصيبة السلعة إن تلفت من المفلس والنقصان عليه إن بيعت بأقل من الثمن، كما تكون الزيادة له إن بيعت بأكثر من الثمن؛ فإن كانوا أدوا الثمن إلى البائع من مال الغريم المفلس تحابوا في ثمنها قل أو كثر، وإن كانوا أدوه من أموالهم فبيعت بأكثر من الثمن أخذ الثمن من أداه منهم أو جميعهم إن كانوا أدوه جميعا وتواصوا في الفضل مع جملة مال الميت، وإن بيعت بأقل من الثمن أخذه من أداه منهم واتبع الغريم بالبقية فحاصر به الغرماء، وإن تلفت اتبعوا الغريم بجميع الثمن الذي أدوه فيها وحرصوا به الغرماء؛ لأنه كان السلف منهم له.

والثاني: أن ذلك لا يكون لهم إلا برضى المفلس، فعلى هذا القول، وهو قول ابن وهب في هذه الرواية: إن رضي كانت المصيبة منه والنقصان عليه كما تكون الزيادة له حسبما مضى تفسيره في القول الأول، وإن كان لم يرض كان الربح والزيادة لهم حسبما مضى تفسيره في القول الأول، وكانت المصبغة والنقصان منهم؛ فإن كانوا أدوا الثمن من أموالهم خسروه إن تلف، وخسروا النقصان إن بيعت بأقل من الثمن الذي أدوه فيها. وإن كانوا أدوه من مال المفلس فتلفت السلعة حوسبوا بجميع الثمن فيما لهم عليه من الديون، فكان ذلك قصاصا منها، وتواصوا في بقية مال المفلس بما بقي من ديونهم، وهو معنى قوله في هذه الرواية أرى ضمانها من الغرماء يقاصهم بها المفلس فيما لهم عليه، وإن كانوا أدوه من مال المفلس فبيعت السلعة بنقصان حوسبوا أيضاً بما انتقص من ثمنها فيما لهم عليه من الديون، فكان ذلك قصاصا منها.

والقول الثالث: أن ذلك لا يكون لهم إلا أن يزيدوا زيادة يخطونها عن المشتري المفلس من دينهم، وتكون السلعة لهم نماؤها وعليهم توارها، وهو قول أشهب، وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

وسألته عن الرجل تكون له ثلاثون دينارا على ثلاثة نفر على كل رجل عشرة، فيقتضي من أحدهم العشرة التي قبله، فإذا تقاضى الآخرين ادعى كل واحد منهم أنه هو الذي قضاه العشرة دنانير فيشك المقتضي، قال: إن لم ينص الذي اقتضاها منه باسمه حلف الغرماء كلهم وبرؤوا من الثلاثين دينارا، وقال الإمام القاضي: وهذا كما قال؛ لأنه قد أقر أنه قبض العشرة من أحدهم، فالقول قول كل واحد منهم مع يمينه أنه هو الذي قبض منه، ولا اختلاف في هذا عندي إذا جاؤوا مجتمعين؛ لأنه يحقق الدعوى على اثنين منهم أنهما كاذبان، فلا بد من يمين كل واحد منهم، ولو جاؤوا مفترقين

لجرى له الأمر في إيجاب اليمين على كل واحد منهم على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، ولو جاؤوا مجتمعين فنكلوا عن اليمين لوجب على أصولهم أن يحلف هو ما يعلم من دفعها إليه منهم، فلو حلف كانت العشرة بين جميعهم، فإن كل واحد منهم سبعة إلا ثلثا، وإن نكل عن اليمين لم يكن له شيء، وإن حلف واحد منهم ونكل اثنان برئ من حلف ورجعت اليمين على المقتضي، فإن حلف أدى كل واحد من الناقلين سبعة إلا ثلثا، وإن نكل لم يكن له شيء، وإن حلف اثنان منهم ونكل واحد برئ الحالفان ورجعت اليمين على المقتضي، فإن حلف أدى الناكل سبعة إلا ثلثا، وإن نكل لم يكن له شيء، ولو جاؤوا مفترقين فنكل كل واحد منهم عن اليمين على القول بإيجابها عليه لغرم العشرة بعد يمين المقتضي على الاختلاف في ردّ يمين التهمة، ولو جاؤوا مجتمعين فحلفوا له ثم تذكر ممن قبض لم ينفعه ذلك، ولا كان له طلب على أحد منهم؛ لأنه حكم قد نفذ، ولو وجد بينة لم يعلم بها بالذي قبض منه كان له القيام بها، فإن كان علم بها وحلفهم كان الحكم على قولين: أحدهما: أنه لا قيام له، وهو قول ابن القاسم، والثاني: أن له القيام، وهو قول مالك في رواية أشهب من هذا الكتاب.

مسألة:

قال يحيى: قلت له: فإن تصدق رجل على رجل مفلس بدنانير يؤديها في دينه فلم يقبل، وقال الغرماء: نحن نقبل ذلك عليك فلا ينبغي لك أن تضر بنا في ترك ما تصدق به عليك؟

قال: لا يجبر عليه أخذ الصدقة لأنه يقول: لا ألزم نفسي مذمة ولا أوجب على منة، وسيرزقني الله، فأؤدي إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة قد أغنى ابن القاسم عن القول فيها بنصه على العلة فيها، ولو قبض الهبة على أنه بالخيار في قبولها وردها فأراد ردها، وقال الغرماء: نحن نقبلها لتخرج ذلك على قولين: أحدهما: أن ذلك للغرماء، وهو الذي يأتي على ما في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، والثاني: أن ذلك ليس لهم وهو الذي يأتي على ما في كتاب التفليس من المدونة في أنه ليس للغرماء أن ينتزعوا مال المدبر، فتدبر ذلك، والمسألة متكررة في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب الهبات والصدقات، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل يحيى عن الرجل يقول للرجل: إنه لي عليك مائتي دينار وقد قضيتنا منها مائة فاقضني المائة الباقية، فقال الرجل: ما لك عليّ شيء ولا كان لك عندي شيء قط، ولكنك مقر بأنك قبضت مني مائة دينار، فأثبت أنها كانت لك على من دين، وإلا فارددها علي، أفترى يرد عليه إذا لم يثبت أنها كانت له دينا عليه؟ أم لا ترى ذلك عليه؟

قال: يقال لهذا المقر له: بأي شيء دفعت إليه ما قال إنه قبضه منك؛ فإن قال: دفعت إليه وديعة وما كان له عندي شيء قط حلف على قوله بالله أنه دفعها إليه وديعة أو سلفا إن ادعاه، ثم يبرأ من الذي ادعاه عليه بعد أن يحلف ما كان عليه شيء قط ويأخذ المائة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة جارية على أصل اختلف فيه قول ابن القاسم في غير ما مسألة، من ذلك قوله في الرجل يقر بوطء أمة رجل، ويدعي أنه اشتراها منه وينكر سيدها أن يكون باعها منه، فالمشهور من قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أنه يحل إن لم يقم بينة على الشراء، وروى عيسى عنه في رسم استاذن من سماع عيسى من كتاب الأقضية أنه يدرأ عنه الحد بالشبهة، وهو الذي يأتي على قول أشهب إنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه، وهو لم يقر بزنى، وإنما أقر بوطء من يحل له على زعمه، فجواب يحيى بن يحيى في هذه المسألة على المشهور من مذهب ابن القاسم؛ لأن مدعي المائتين يقر أنه قبض من المدعى عليه مائة ويدعي أنه قبضها من حقّ واجب له، فعليه أن يقيم البينة على ذلك، فإن عجز عن إقامة البينة حلف المدعى عليه أنه ماله عليه حقّ وأخذ منه المائة التي أقر أنه قبضها منه، قال في الرواية بعد يمينه على ما يدعي من أنه دفعها إليه وديعة أو سلفا، واعترض ذلك ابن دحون فقال: لا يلزمه أن يحلف أنها وديعة أو سلف؛ لأن القابض قد أقر بالقبض وادعى أنه قبضها من دين له، فليس على البائع أكثر من اليمين أنه ليس له عليه شيء، وليس باعتراض بين؛ لأنه لم يقر أنه قبض المائة إلا من حقّ واجب له، فإذا لم يصدق في ذلك وكان مدعيا فيه وجب أن يكون القول قول المدعى عليه إنه دفعها إليه وديعة أو سلفا، ويأتي في هذه المسألة على قول ابن القاسم الثاني، وعلى قول أشهب، وأصله في أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه أن يحلفا جميعا، ولا يكون على واحد منهما شيء، يحلف المدعى عليه المائتين أنه ماله عليه حق، ويحلف المدعي أنه ما قبض المائة التى أقر بقبضها إلا من المائتين التي كانت له عليه على ما زعم، ولو أقر أنه قبض منه

مائة ولـم يبين، فلما طلبها منه وادعى أنه أسلفه إياها أو أودعه إياها قال: إنما قبضتها من مائتين كانت لي عليه دينا لـم يصدق في ذلك على أصولهم قولا واحدا، وبالله التوفيق.

ومن سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب

قال سحنون: سألت أشهب عن قوم اكتروا من جمال ودفعوا إليه دنانيرهم ثم أفلس الجمال قبل أن يركبوا، ثم أدرك رجل منهم دنانيره في يده بعينها يشهد له عليها هل يكون أحقّ بها؟

قال: لا، وليس هذا مثل السلع.

قلت: فإن كانوا قد أخذوا عليه حميلا ثم دفع القوم إلى الجمال إلا رجلا منهم واحدا دفع إلى الحميل، ثم فلس والمال في يد الحميل، لمن هو؟

قال: إن كان الجمال لم يأمر الدافع بالدفع إلى الحميل بالمال، فإن الدافع لا يدخل عليه أصحابه، وإن كان الجمال أمر الدافع بالدفع فالمال الذي بيد الحميل للغرماء كلهم.

قال محمد بن رشد: قول أشهب هذا: إن المشتري إذا فلس المكري لا يكون أحقّ بدنانيره، وإن أدركها قائمة بيد المكري يشهد له أنها دنانيره بعينها، هو مثل قوله في كتاب المأذون له بالتجارة من المدونة خلاف مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، وعامة أصحاب مالك في أن الرجل أحقّ بالعين والعرض في الفلس كان العين والعرض من بيع أو قرض، وخلاف ما ذهب إليه ابن المواز من أنه أحقّ بالعين والعرض إذا كانا جميعا من بيع، وأسوة الغرماء فيهما جميعا إذا كانا من قرض، والاختلاف الحاصل بين ابن القاسم، وأشهب في العين هل يكون صاحبه أحقّ به من الغرماء في الفلس جار على اختلافهم في العين هل يتعين أم لا، والصحيح قول ابن القاسم، وروايته عن مالك: أنه أحقّ في الفلس بالعرض والعين كانا من بيع أو قرار، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل أفلس [1] فأدرك رجل ماله بعينه فهو

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٩٢١، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١١٨٠، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٥٨، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٣٥١، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٥١٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية =

أحقّ به من غيره "؛ لأنه يكن عم بقوله فأدرك رجل ماله إذ لم يخص فيه عينا من عرض ولا قرضا ولا بيعا.

ووجه ما ذهب إليه ابن المواز قول النبي صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل باع [1]

=

يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٥١، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٠٥٦٧، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥١٤٤، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٦٢٣، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٥٥٠، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٩٤١، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٤٠١، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣١٨٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٢٥، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٧١٩، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٣٥٨٢٣، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٨١، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٥، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٣٥، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ١٨٧، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٤٠٦٦، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٠٢١، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٤٠٨، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٥٢٥.

(١) أخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٥٩، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢١٨١، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢١٢٦، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٤١، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٩٧٥٤، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٢٦٤٥، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٤٨٤٣، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٦٢٣، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٧٦، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٢٧٨٠، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣٠٩٥، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٦٩٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٢٤، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤١٢٣، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٨٢، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٩، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢٢٧٤، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٣٥٩٤، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٦١٥، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٤٠٧، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف

=

متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فهو أحقّ به من غيره " الحديث؛ لأنه جعل هذا الحديث مخصصا لعموم الحديث الأول، ومبينا له في أن المراد به البيع دون القرض، وهو بعيد؛ لأن الخاص لا يحمل على التخصيص للعام إلا إذا كان معارضا له.

ووجه قول أشهب: أن العين لا يتعين، وهو أبعد الثلاثة الأقوال.

وأما تفرقته بين أن يدفع المشتري الدنانير إلى الحميل بأمر الجمال أو بغير أمره، فهي صحيحة على أصله في أن العين لا يتعين؛ لأن قبض الحميل بأمر الجمال كقبض الجمال؛ إذ هو وكيل له فصارت يده كيده، وإذا دفع إليه بغير أمره فليس بوكيل له، وإنما هو وكيل للدافع، فوجب أن تكون يده كيده، وأن يكون أحقّ بما في يده كالرهن في الموت والفلس قولا واحدة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن الرجل يكتري كراء مضمونا إلى مكة ذاهبا وراجعا، فإذا أتى مكة نزل عن بعض الإبل التي كانت تحته وأخذ في حجه وخرجت الإبل إلى الرعي ثمة فلس الجمال، هل يكون أولى بها أم تراها إذا خرجت إلى الرعي خروجا من يده فيكون أسوة الغرماء؟

قال: المتكاري أولى بالإبل.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد غمزها محمد بن المواز، وقال: إنما يجب أن يكونوا أولى بالإبل إذا كان الكراء في معين، وقد أجرى أصحاب مالك المعين والمضمون على حكم واحد أنه أولى بما تحته، وقد علم أن الجمال يقبض جماله في كل ليلة ويرعاها ويتصرف فيها، والذي ذهب إليه محمد بن المواز من التفرقة في هذا المعنى بين الكراء المضمون والمعين، وهو ظاهر قول غير ابن القاسم في كتاب الرواحل والدواب من المدونة ليس الراحلة بعينها مثل المضمون، وقد مضى الكلام على هذا المعنى مستوفى في آخر سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب، فلا معنى لإعادته، ومضى في رسم القبائل من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب الكلام على طرف منه.

=

حديث رقم: ١٥٢٥، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب حديث رقم: ١٠٨٠.

مسألة:

وقال في الرجل يقول: كان لفلان علي دينار فتقاضاه مني أسوأ التقاضي فلا جُزي خيرا فيقول المقر له: ما تقاضيت شيئان؟

قال: أرى الدين على المقر، وليس هو بمنزلة الذي يقر على وجه الشكر.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: وليس هو بمنزلة الذي يقر على وجه الشكر؛ يريد: أنه ليس بمنزلة الذي يقر بالسلف على وجه الشكر ويدعي القضاء، وقد مضى في رسم يوصي من سماع عيسى الفرق بين الذي يقر بالسلف على وجه الشكر ويدعيه القضاء وبين الذي يقر بالاقتضاء على وجه الشكر، ويدعي أنه اقتضى حقاً كان له، ولو أقر بدين من غير قرض وادعى قضاءه لم يصدق، وروى ذلك ابن أبي أويس عن مالك قال: قال مالك في الرجل يقول: كان لفلان علي ألف دينار فقضيته، قال مالك: هو لها ضامن حتى يأتي بالبينة أنه قد قضاه إياها، وسواء عندي كان إقراره بذلك على شكر أو على غير شكر؛ إذ ليس بموضع شكر على ما مضى القول فيه في رسم يوصي من سماع عيسى، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الرجل يقر في مرضه لبعض من يتهم عليه بدين من وارث أو غيره ممن لو مات لم يكن له، فأوصى بذلك ثم صح بعد ذلك صحة بينة ثم مرض فمات، فذلك الدين ثابت عليه يؤخذ من رأس ماله ويحاص به الغرماء المعروفين الذين لهم البينات.

قال الإمام القاضي: هذا كما قال: إن ذلك يكون من رأس ماله؛ لأن الصحة تدفع التهمة، فسواء أقر له وهو صحيح أو أقر له وهو مريض ثم صح.

وقوله: إنه يحاص به الغرماء المعروفين الذين لهم البينات معناه: إذا كان الدين الذي للأجنبيين محدثا بعد الإقرار، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن السفيه الذي يموت أبوه ولا يوصي به إلى أحد أو مات وصي أبيه ولم يوص به إلى غيره، فيبيع متاعه أو يتلفه ولا ولي له بأمر السلطان ولا وصي له فيليان ماله، أترى ما باع من ماله جائزا لمن اشتراه منه؟

قال ابن القاسم: إذا كان معروفا بالسفه وهو يعرف بالتبذير فباع شيئا لم يجز اشتراكه لمن اشتراه ورأيته مفسوخا، وإن طال زمانه، ولا أرى أن يعدى عليه برأس ماله ولا غيره، وهو كمن هو في الولاية؛ لأن حاله مسخوطا فلا أرى أن يجوز من أمره شيء،

وذلك رأى من أرضى من أهل العلم والذي أخذ به.

قلت له: إن قوما زعموا أن كل ما باع أو بذر من ماله وهو لا وصي له، ولا ولي بأمر القاضي يرد ذلك عليه أنه جائز؟

قال: لا أرى ذلك له ولم أسمعه ممن أرتضيه، وهذا مما لا ينبغي له أن يقوله ولا يجوزه، وأرى أن يفسخ عنه كل ما باع أو بذر إذا كان حاله على ما أخبرتك.

قيل: فإن كان ممن لا يعرف بالتبذير ولا بالخير ولا بالشر إلا أنه يشرب الخمر، وهو في ذلك ربما أحسن النظر في ماله، أترى أن بيعه جائز؟

قال: لا أرى مثل هذا جائز الأمر إذا وقع لعله لا يرد فعله إذا لم يكن مولى عليه، وقد يموت الرجل فجأة ولا يوصي ويموت وصيه ولا يوصى به، فإن السلطان وصي من لا وصي له، وقد يغفل القاضي ولا يولي عليه، فلا يجوز لذلك بيع السفيه، ولا يجوز بيعه إذا كانت حاله حالا يسخطه؛ وقد قال الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: آية ٦] فأرى أن يرد كل ما بذر من ماله ولا يعدى عليه في شيء لأنه ممن وجبت عليه الولاية، إلا أن يجد الرجل ماله بعينه فيكون أحقّ به منه، وليس يخرجه من حال السفه وإن لم يكن له ولي إلا حال الرشد والصلاح؛ لأنه ممن وجب عليه الولاية، فلا أرى بيعه جائزا.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة قد تقدمت، والقول فيها مستوفى في رسم جاع من سماع عيسى، ومضت أيضاً في نوازله فلا معنى لإعادة القول في ذلك.

مسألة:

قلت له في البكر تأخذ مبلغها الذي يجوز لها القضاء فيه في مالها، أرأيت إذا بلغت ثلاثين سنة أتراها جائزة الأمر في مالها؟

فقال: لا أراها جائزة القضاء في مالها وإن تزوجت وإن مات عنها أبوها، وإن بلغت ما ذكرت حتى تدخل بيتها ويرضى حالها، كذلك قال لي مالك.

قلت: فابنة الخمسين والستين وقد وقفت عن الأزواج أتراها بمنزلة التي ذكرت؟

قال ابن القاسم: إذا عنست كما ذكرت وكان لا بأس بنظرها جاز قضاؤها في مالها، وإن كانت على غير ذلك لم يجز ذلك.

قال محمد بن رشد: ساوى في هذه الرواية في البكر بين أن تكون ذات أب أو وصي أو يتيمة مهملة في أن أفعالها لا تجوز حتى تدخل بيتها ويرضى حالها؛ يريد: بأن يشهد العدول على صلاح أمرها، فأفعالهما جميعا على هذه الرواية قبل أن يتزوجهما ويدخل

بهما زوجهما ما لم تعنسا مردودة، وإن علم رشدهما ما لم يحكم لهما به، وبعد أن تعنسا ببلوغ الخمسين سنة أو الستين سنة أو تتزوجا ويدخل بهما زوجهما مردودة إلا أن يعلم رشدهما وإن لم يحكم لهما به، هذا الظاهر من قول ابن القاسم في هذه الرواية؛ لأنه قال فيها: إنها إذا عنست وكان لا بأس بنظرها جاز قضاؤها في مالها، فالظاهر من قوله: إنه لم يجز قضاؤها في مالها بعد التعنيس إلا أن يعلم حسن نظرها، فهما جميعا على هذه الرواية بدخول أزواجهما بهما أو بتعنيسهما قبله ببلوغ الخمسين سنة أو الستين محمولتان على السفه ما لم يعلم رشدهما، وفيما قبل ذلك لا تجوز أفعالهما وإن علم رشدهما ما لم يحكم السلطان لهما بالرشد أو يرشدهما الأب إن كانت ذات أب، وقد تؤول على ابن القاسم في هذه الرواية: أنها إذا عنست وهي بكر كانت محمولة على الرشد وجازت أفعالها إلا أن يعلم سفهها، وهو خلاف ما بيناه من ظاهرها.

وقد اختلف في هاتين المسألتين اختلافا كثيرا، فقيل في ذات الأب: إنها تخرج بالحيض من ولاية أبيها، وقيل: إنها لا تخرج به من ولايته حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويمر بها بعد دخول زوجها بها العام ونحوه، وقيل: حتى يمر بها بعده العامان، وقيل: حتى يمر بها بعده سبعة أعوام، وقيل: إنها لا تخرج من ولايته وإن طالت إقامتها مع زوجها حتى يشهد العدول على صلاح حالها، وقيل: إنها تخرج من ولايته إذا عنست وإن لم يدخل بها زوجها.

واختلف في حدّ تجنيسها فقيل: أربعون عاما، وقيل: من الخمسين إلى الستين، وقيل: إنه أفعالها جائزة بعد البلوغ، وقيل: إنها لا تجوز حتى تتزوج ويدخل لها زوجها ويمر بها بعد دخوله بها العام ونحوه، وقيل: العامين ونحوهما، وقيل: الثلاثة الأعوام ونحوها، وقيل: إنها لا تخرج من الولاية وإن تزوجت ودخل بها زوجها حتى يشهد العدول على صلاح أمرها، وهو الظاهر من هذه الرواية على ما بيناه، وقيل: إنها تجوز إذا عنست وإن لم تتزوج.

واختلف في حدّ تجنيسها من الثلاثين سنة ومما دون الثلاثين إلى الخمسين والستين، وهو حدّ انقطاع المحيض عنها؛ فهذه ستة أقوال، ويتخرج فيها قول سابع أيضاً، وهو أن تجوز أفعالها بمرور سبعة أعوام من دخول زوجها بها، والمشهور في البكر ذات الأب أنها لا تخرج من ولاية أبيها ولا تجوز أفعالها وإن تزوجت حتى يشهد العدول على صلاح أمرها، والذي جرى به العمل عندنا أن تكون أفعالها جائزة

إذا مرت سبعة أعوام أو نحوها من دخول زوجها بها على رواية منسوبة إلى ابن القاسم، والمشهور في البكر اليتيمة المهملة أن تكون أفعالها جائزة إذا عنيت أو مضى لدخول زوجها بها العام ونحوه، وهذا الذي جرى به العمل. فإن عنست في بيت زوجها جازت أفعالها باتفاق إذا علم رشدها أو جهل حالها، وعلى اختلاف إذا علم سفهها، وإذا مات الأب فإن عنست في بيت زوجها جازت أفعالها باتفاق إن علم رشدها أو جاهل حالها، وردت إن علم سفهها؛ هذا الذي أعتقده في هذه المسألة على منهاج قولهم، وبالله التوفيق.

من نوازل سحنون

قال سحنون في البكر تعطي زوجها بعض مالها وذلك قبل الدخول بها ليملكها أمرها أو تباريه بشيء من مالها، فقال: إن كان لها أب أو وصي فلا يجوز لها أن تعطيه شيئا من مالها قبل البناء لأنها محجور عليها، ويلزم الزوج الطلاق ويرد عليها ما أخذ منها، ولو كانت البكر يتيمة وكانت لا أب لها ولا وصي حتى لا تكون محجورا عليها في مالها جاز ذلك للزوج، ولم يرد ما أخذ منها لأنها عندي بمنزلة السفيه الذي لا وصي له أن أموره كلها جائزة عليه بياعاته، وأشتريته وهبته وصدقته ما لم يحجر عليه، فإذا حجر لم يجز شيء مما صنع، لا بيعه ولا شراؤه ولا هبته ولا صدقته ولا أعطايته، فكذلك البكر في عطيتها زوجها ومخالعتها بمالها جائز عليها إن كانت يتيمة ولم تكن محجورا عليها، فإن كان لها أب أو وصي حتى تكون محجورا عليها لم يجز لها شيء مما صنعت وكان مردودا إليها ولزم الزوج الطلاق.

قال سحنون: ومما يدل على ذلك أن مالكا سئل عن رجل ضعيف العقل تزوج فأراد وليه أن يغير ذلك، قال: إن كان مولى عليه لم أر نكاحه جائزا فإن كان غير ذلك فهو جائز.

قال محمد بن رشد: قوله: إن كان لها أب أو وصي فلا يجوز لها أن تعطيه شيئا من مالها قبل البناء فيه نظر؛ إذ لا فرق في ذلك بين قبل البناء وبعده في المهملة ولا في ذات الأب والوصي؛ لأن ذات الوصي لا تخرج من ولاية الوصي إلا بإثبات الرشد، وذات الأب لا تخرج من ولاية الأب بنفس البناء دون أن تمضي مدة ما عند أحد من العلماء؛ فإن خالعت ذات الوصي زوجها دون إذن الوصي قبل البناء أو بعده ردّ عليها ما أخذ منها ومضى الطلاق عليه، وإن خالعت ذات الأب زوجها دون إذن أبيها قبل البناء أو بعده بمدة يسيرة؛ إذ عليها ما أخذ منها ومضى الطلاق عليه، وإن كان بعده

بمدة كثيرة جرى الأمر على ما ذكرناه من الاختلاف قبل هذا في آخر سماع سحنون.

واختلف فيما حلفت به أو نذرته من صدقة مالها هل يلزمها ذلك إذا ملكت أمر نفسها أم لا على قولين مرويين عن مالك: أحدهما: في سماع ابن القاسم من كتاب النذور، والثاني: في سماعه أيضاً من كتاب النكاح، وقد مضى بيان ذلك هنالك.

وأما اليتيمة البكر المهملة دون أب ولا وصي فالمشهور أن خلعها لا يجوز ولا شيء من أفعالها، وهو نص قول أصبغ في نوازله من هذا الكتاب، ومن كتاب التخيير والتمليك، وذهب سحنون هاهنا إلى أن خلعها يجوز، وكذلك سائر أفعالها قياسا على السفيه اليتيم الذي لا وصي له، فعلى قوله تجوز أفعالها وإن كانت سفيهة معلومة السفه، وهو شذوذ من القول لم يتابعه عليه أحد من أصحاب مالك، وأجمع أصحاب مالك كلهم حاشا ابن القاسم على أن أفعال السفيه جائزة إذا لم يكن في ولاية، وقد روى ابن وهب عن مالك أن أفعاله لا تجوز مثل قول ابن القاسم، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أقر على نفسه في مرضه أن لفلان علي جل المائة أو عظم المائة، أو قرب المائة، أو أكثر المائة، أو نحو المائة، أو شبه المائة، أو مائة إلا قليل، أو مائة إلا شيء؟

فقال: الذي سمعت من أصحابنا ورأيت عليه أكثرهم أن قالوا: يعطى المقر له من ثلثي المائة إلى أكثر على قدر ما يرى الحاكم، وقد خالفنا فيه هؤلاء؛ يعني: أهل العراق، وقالوا: يزاد على الخمسين دينارا ودينارين.

قال الإمام القاضي: وهذا كما قال؛ لأن هذه الألفاظ كلها تقتضي بأن له عليه أكثر المائة، فوجب ألا يحط عنه منها إلا أقل من ثلثها؛ لأن الثلث هو آخر حدّ القليل وأول حدّ الكثير، وقول أهل العراق بعيد؛ إذ لا يقال في واحد وخمسين، ولا في اثنين وخمسين: إنها جل المائة ولا منها أكثر المائة، ولا إنها مائة إلا شيء ولا مائة إلا قليل، وقد روي عن ابن الماجشون: أنه إذا قال له: عندي مائة إلا شيء أن الشيء عقد من عقود المائة فما دونها فيعطى تسعين ويجتهد فيما يزاد عليها، وهو قول له وجه؛ وهذا كله إنما يحتاج إليه في الميت الذي يتعذر سؤاله عن مراده، وأما المقر الحاضر فيسأل عن تفسير ما أرد بقوله ويصدق في ذلك مع يمينه إن نازعه في ذلك المقر له فادعى أكثر مما أقر له به، وتحقق الدعوى في ذلك، وأما إن لم تحقق الدعوى فعلى قولين في إيجاب اليمين عليه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الذي يأتي باليتيمة التي قد بلغت أو باليتيم الذي قد بلغ إلى القاضي فيقول: إن أبا هذا أو أبا هذه أوصى به وبماله إليّ وقد بلغ مبلغ الرضي فانا أبرأ إليه من ماله وأكتب لي براءة منه، أترى أن يكتب له منه براءة ولا يعرف أنه وصيه إلا بقوله؟

قال: نعم.

قيل: كيف تكتب له البراءة؟

قال: يكتب إن فلانا أتى بفتى على صفة كذا وكذا، وزعم أنه وصيه وزعم أنه يسمى فلانا، أو بامرأة من صفتها كذا وكذا، وزعم أنها تسمى كذا، فذكر أن أباها أوصى بها إليه وبمالها، وأنها قد بلغت مبلغ الأخذ لنفسها والمعطاء منها، فسألنا أن نأمره يدفع إليها مالها، وأن نكتب له البراءة منه فأمرناه بذلك فدفع ذلك عندنا وهو كذا وكذا، وقد أشهدنا على براءته من المسمى في هذا الكتاب.

قيل: ولا يجوز له أن يكتبها إلا هكذا؟

قال: نعم، لا يجوز له أن يكتبها إلا هكذا.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على أصولهم، وعلى معنى ما في كتاب طلاق السنة من المدونة، وعلى ما جاء في آخر سماع أصبغ من كتاب السلطان في مسألة الذي ادعى أن رجلا رهنه قدحا في كساء أن السلطان يأمره ببيع القدح في الكساء على ما زعم أنه عنده رهن به من غير حكم على الغائب، وفي ذلك اختلاف؛ قد قيل: إنه لا يأمره ببيعه حتى يثبت عنده ارتهانه إياه، وبذلك جرى العمل، وهو على أصل مطرف، وابن الماجشون في مسألة كتاب طلاب السنة التي أشرنا إليها، وعلى قياس ذلك لا يلزم القاضي في هذه المسألة أن يأمر الرجل بدفع شيء، ولا أن يكتب له براءة بشيء ويقول له: شانك في الدفع إليه والإشهاد عليه إلا أن يثبت عنده ما ذكره من أن أباه أوصى به إليه، وقد قيل: إنه لا يكتب له إلا أن يثبت ما ذكره من أن أباه أوصى به إليه، وأنه رشيد وهذا على القول بأن وصي الأب ليس له أن يرشد إلا بأمر السلطان، وقيل: يكتب له إذا ثبت عنده أنه رشيد وإن لم يثبت عنده أنه وصي عليه، فهي أربعة أقوال في المسألة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ في السفيه المولى عليه يبتاع أمة فتحمل منه ثم يعثر على ذلك؟

فقال: أرى أن ترد الأمة إلى بائعها ويرد البائع الثمن كله على السفيه ويكون الولد

ولده ولا يكون عليه من قيمتهم شيء.

قال عيسى: ولو أن رجلا أسلف مولى عليه مالا أو أسلمه إياه في شيء أو ابتاع منه شيئا فاشترى به المولى عليه أمة فحملت منه كانت أم ولد ولم يكن للمشتري أن يأخذها بسلفه إياه المال وابتياعه منه شيئا، فإن كان قد قبض منه ما كان ابتاع بالمال ردّ ذلك الشيء إلى المولى عليه، وأسقط الثمن.

قال محمد بن رشد: أما إذا أولد السفيه الجارية التي ابتاعها بمال أسلف مياه أو بثمن سلعة باعها فلا خلاف في أنه لا سبيل للذي أسلفه أو باعه عليها؛ لأنها وإن كانت من أموالهما فليست بعين أموالهما، وهما سلطاه على أموالهما.

وأما إذا أولد الأمة التي اشتراها فقيل: إن ذلك فوت أيضاً لا سبيل للذي باعه إياها عليها؛ لأنه هو سلطه عليها، فإنما فعل من وطئه إياها بعد الشراء ما يجوز له، والحمل ليس من كسبه إذ لم يقع باختياره ولا هو من فعله، بخلاف العتق الذي هو من فعله وكسبه، وهو قول أصبغ في سماع عيسى من كتاب العتق، وقيل: إن ذلك ليس بفوت وترد الأمة إلى بائعها، وهو قول أصبغ هاهنا، وقول عيسى بن دينار في سماعه من كتاب العتق؛ لأنه وإن كان الحمل ليس من كسبه ولا من فعله فالأمة عين مال البائع، وهذا استحسان، والقول الأول هو القيامة إلا فرق بين أن يولد الأمة التي اشتراها من مال يسلفه إياه أو من سلعة باعها، كما لا يفترق ذلك في المديان للعلة التي ذكرناها، والله الموفق.

مسألة:

وسئل سحنون عن الرجل يقر على نفسه أن لفلان عليه مائة دينار ناقصة ويدير المقر له أنها وازنة؟

قال: ليس له إلا ما أقر له به.

قال محمد بن رشد: يريد: ويحلف المقر على ما يذكره من النقصان، وهذا ما لا إشكال فيه ولا اختلاف؛ إذ لا فرق بين اختلافهما في العدد أو في قدر النقصان، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر (١) "،

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ١٦٥٠، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ٨٧، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٤١٣٦، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٦٩٠، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١١٤١، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٩٤٠، وأخرجه الحاكم =

وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل: أرأيت إن أتى بذكر حقّ له على رجل فيه ألف دينار فأتى المشهود عليه ببراءة ألفي دينار يزعم أن تلك الألف قد دخلت في هذه المحاسبة والقضاء؟

قال: يحلف ويبرأ.

قيل له: فإن أتى ببراءات مفترقة إذا اجتمعت مع الذكر الحقّ أو المذكورات الحقّ كانت أكثر أو أقل، وليس شيء من ذلك منسوبا أنه من المذكورات الحقّ ولا من غير ذلك؟

فقال: إذا كانت البراءات مفترقة وليس واحدة منها إذا انفردت فيها جميع هذه المذكورات الحقّ أو الذكر الحق؛ فإني لا أراها براءة مما أثبت قبله، وإن كان في واحد منها جميع هذا الذكر الحقّ وصارت بقية البراءات زيادة على ما أثبت قبله، فإني أرى أن يحلف ويبرأ.

قال القاضي: تفرقة سحنون هذه بين أن يأتي المطلوب ببراءة واحدة تستغرق ما في ذكر الحقّ الذي عليه وبين أن يأتي ببراءات كثيرة تستغرقه إذا جمعت تفرقة ضعيفة لا وجه لها؛ لأن الحقّ قد يقضي مجتمعا ومفترقا شيئا بعد شيء، وقد روى ابنه محمد عنه أنه رجع عن هذا القول إلى أنه يبرأ بالبراءات المفترقة، وإن كانت ليس في كل واحدة منها إذا انفردت كفاف ذكر الحق، ولو قيل: إنه إن كانت البراءة واحدة أو

=

النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٣٠٩١، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٣٩٥٤، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٩١٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٥١٢٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢١٠١، وأخرجه ابن أبي عاصم في الديات حديث رقم: ١٤١، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف حديث رقم: ٤٣٩، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ١٥١٥، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم٣٥٧١ :، وأخرجه ابن حزم الظاهري في المحلى بالآثار حديث رقم: ٤١٣، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في الإنصاف فيما بين علماء المسلمين حديث رقم: ١٠، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٤٢٢٢، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٢١٥٧، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب حديث رقم: ١٠١٩، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ٣٨٥.

البراءات إذا جمعت مثل ذكر الحقّ سواء أو أقل كانت براءة، وإن كانت البراءة الواحدة والبراءات إذا جمعت أكثر من ذكر الحقّ لم تكن براءة لكان لذلك وجد بأن يقال: إن المعنى في ذلك: أنه المطلوب أنكر المخالطة، وزعم أنة لم يبايعه سوى هذه المبايعة التي فيها ذكر الحقّ وادعاها الطالب، فإذا لم يكن في البراءة الواحدة بانفرادها أو البراءات باجتماعها أكثر من ذكر الحقّ لم يكن للطالب دليل على ما ادعاه من المخالطة، وأنه قد عامله غير هذه المعاملة التي فيها ذكر الحق، فوجب أن يحلف المطلوب أنه لم يكن له عليه سوى ذكر الحق، وتكون البراءة أو البراءات براءة له منه، وإن كان في البراءة الواحدة أو البراءات زيادة على ذكر الحقّ كان في ذلك للطالب دليل على ما ادعاه من المخالطة، وأنه قد عامله فيما سوى هذا الذكر الحق، فوجب أن يحلف الطالب أنه قد عامله فيما سوى هذا الذكر الحق، وأن البراءة أو البراءات التي استظهر بها المطلوب إنما هي من ذلك، فلا يكون شيء من ذلك براءة للمطلوب من الذكر الحق، وقد مضى القول على هذه المسألة في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات ما فيه بيان لها وكشف عن معانيها، وبالله التوفيق.

ومن سماع محمد بن خالد من ابن القاسم

قال محمد: سألت ابن القاسم عن الرجل يسلف الرجل مالا فيشتري المسلف به متاعا ثم يفلس فيقوم المسلف مع الغرماء فيجد المتاع الذي اشتري بماله فيقول: هذا المتاع أنا أولى به لأنه ابتاع بمالي؟

قال ابن القاسم: قال مالك: هو أسوة الغرماء.

قال الإمام القاضي: وهذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه؛ إذ ليس المتاع ماله الذي أسلفة بعينه، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل أفلس [1] فأدرك

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٩٢١، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١١٨٠، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٥٨، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٣٥١، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٥١٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٥١، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٠٥٦٧، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥١٤٤، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٦٢٣، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٥٥٠، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ٩٤١، وأخرجه البيهقي في السنن =

رجل ماله بعينه فهو أحقّ به من غيره "، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن الرجل يبيع من الرجل شققا إلى أجل فيقطعها ثيابا ويخيطها ثم يفلس المبتاع ويجد البائع شققه مقطوعة، كيف الأمر في ذلك؟

قال: يسلك به في ذلك قول مالك في الذي يبيع العرصة فيبني فيها المبتاع ثم يفلس.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في آخر رسم العرية من سماع عيسى، فلا معنى لإعادة القول في ذلك، وبالله التوفيق.

=

الكبرى حديث رقم: ١٠٤٠١، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣١٨٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٢٥، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٧١٩، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٣٥٨٢٣، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٨١، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٥، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٣٥، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ١٨٧، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٤٠٦٦، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٠٢١، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ١٤٠٨، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ١٥٢٥.

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم

كتاب المديان والتفليس الثالث

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب البيوع والعيوب

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول فيمن دفع إلى عبده مالا يتجه به وأمره ألا يبيع إلا بالنقد ولا يشتري إلا به وحجر عليه في ذلك، فداين العبد الناس: إنهم أحقّ بما في يده لا شك فيه وإن لم تكن هي أموالهم بعينها؟

قال أصبغ: وهذا مأذون له إذا أطلقه على البعض فهو الكل، كمثل ما لو وضعه يتجر في البز وحده فتجر في غيره كان لازما له؛ لأنه قد نصبه للناس، وليس كل الناس يعلمون بعضا دون بعض، وقال أصبغ: قلت له: فإن قصر ما في يديه عما عليه أيكون ما بقي في ذمته أيضا؟

قال: هو الذي أصغي إليه وأستحسنه ويسبق إليّ والله أعلم.

وقاله أصبغ على قياس القول الأول في صدر هذه المسألة وطريقها استحسانا، وفيها ضعف إن شاء الله.

قال سحنون: هو كما شرط سيده، وليس له أن يتعدى ما أمر به، ألا ترى أنه لو دفع إلى عبده مالا قراضا أنه يصير بذلك مأذونا له في التجارة وحكم القراض ألا يباع بالدين في الأحرار والعبيد، وكل من قبض مالا قراضا فليس له أن يبيع بالدين، وكذلك الذي يشترط على عبد هو مأذون له في التجارة ممنوع أن يبيع بالدين، فإذا باع به كان متعديا ولا يجوز على مولاه عداه.

قال محمد بن رشد: قوله في صدر هذه المسألة: إنهم أحقّ بما في يديه لا شك فيه، وإن لم تكن هي أموالهم بعينها؛ يريد: أنهم يكونون فيما في يديه رشوة للغرماء إن لم تكن أموالهم بعينها، وإن كانت أموالهم بعينها كان من وجد منهم ماله بعينه أحقّ به من غيره من الغرماء على حكم الحر إذا فلس، وهذا مما لا إشكال فيه، وفي قوله؛ لأنه قد نصبه للناس وليس كل الناس يعلمون بعضا دون بعض دليل على أنه لو أشهد بتجارته في الخز وحده وأعلن بذلك وعلم به ثم تجر في غيره لم يلزمه في ماله ما داين به، وهو دليل قوله أيضاً في المدونة؛ لأنه لا يدري الناس لأي أنواع التجارة

أقعده، ويدخل في هذا اختلاف بالمعنى لأنه من باب التحجير، فيأتي على قول مالك في المدونة: أن السيد لا يحجر على عبده إلا بالسلطان أنه لا ينفع إشهاد السيد وإعلانه إنما أذن له بالتجارة في البز وحده، ويأتي على قول سحنون: إن السيد يحجر البيع بالدين على عبده دون السلطان أن الإشهاد والإعلان ينفعه في ذلك.

وقوله: إن ما قصر عنه ما في يده يكون في ذمته، هو مثل ما في المدونة ولا خلاف فيه أعلمه.

وقوله: وقاله أصبغ على قياس القول الأول؛ يريد: أن ما بقي مما لم يف به ما في يديه فيكون في ذمته على قياس القول بأن تحجير البيع بالدين عليه لا يلزمه، ويكون من داينه أحقّ بما في يديه.

والقول الثاني هو قول سحنون الذي حكاه بعد ذلك من: أن تحجير البيع بالدين عليه لازم له، فلا يكون من بايعه بالدين أحقّ بما في يديه؛ إذ لا يجوز عدوه على سيده، وظاهر قول سحنون: إن السيد إذا أذن لعبده في التجارة وحجر عليه الدين أن الغرماء لا يكون لهم حقّ فيما في يده من المال الذي أذن له بالتجارة فيه وإن لم يعلموا بذلك، ومسألة القروض التي احتبس بها لا يلزم ابن القاسم الحجة بها؛ إذ لا يوافقه عليها بل يخالفه فيها فيقول: إنه إذا دفع إلى عبده مالا قراضا فداين فيه الناس تكون فيه ديونهم إلى أن يعلموا أنه بيده قراض فلا يكون لهم فيه شيء، وكذلك الحر أيضاً لو دفع إليه مالا قرارا فعلم الغرماء الذين عاملوه فيه بالدين أنه مال قرار بيده لم يكن لهم فيه شيء واتبعوا ذمته بديونهم، وأما إذا لم يعلموا فيفترق الحر من العبد؛ لأن الحر يلزمه ضمان المال فيكون لصاحبه محالة الغرماء فيه، والعبد لا يضمن لسيده فينفرد الغرماء إذا لم يعلموا بجميعه؛ لأنه فرط حين لم يعلمهم.

وقال ابن دحون: قول سحنون ضعيف ليس المأذون له مكان المعارض؛ لأن المأذون له حجر عليه التجارة فيما عدا البز لم يلزمه بخلاف المعارض، وقول ابن دحون ليس بصحيح؛ لأن قول سحنون إنما ضعف من أجل أنه جعل تحجير السيد على عبده الدين لازما للغرماء وإن لم يعلموا بتحجيره المداينة عليه، لا من أجل الفرق بين تحجير الدم ين على العبد وبين دفع المال إليه على سبيل القروض؛ إذ قد بينا أنه لا فرق بينهما، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: وسئل عمن سلف في ثوب أو دابة ففلس المسلم إليه، فقال: الذي

اشترى والغرماء أسوة في المال يحاص بقيمة دابته أو ثوبه الذي سلف فيه، فما حصل له في المحاصة اشترى له به شرطه أو ما بلغ شرطه.

قال أصبغ: وتفسيره: أن يحاص بقيمته وما يساوي مثله يوم التفليس؛ لأنه لو تهم المال يومئذ كان يعجل له، فما أدرك فيه محاصته جعل له فيه مثله من أجزائه يشترى له يكون به شريكاه ثم يبيع بباقيه جزءان نصفا أو ربعاً أو ثلثاً على مثل ذلك مما ثاب لغرمائه مال إن شاء الله، وكذلك لو سلف في طعام ففلس المسلف إليه أنه يحرص بقيمة طعامه حالا، فما صار له في المحاصة اشترى له به طعام وما عجز عن حقه اتبعه به في ذمته، وقال سحنون: يحاص بقيمته طعاما إلى أجله.

قال الإمام القاضي: قد مضت هذه المسألة في رسم القبلة من سماع ابن القاسم، وفي رسم العرية من سماع عيسى، وقول ابن القاسم أصح من قول سحنون؛ لأنه لا يلزم على قول سحنون إذا كان له على المفلس دين إلى أجل ألا يحاص الغرماء إلا بقيمة الدين إلى أجله.

ومن كتاب البيع والصرف

قال: وسئل عن رجل له على رجل حقّ فجحده إياه، فأراد إتلافه، قال: لا تحلفني، وأخرني إلى سنة، وأنا أقر لك؟

فقال: لا خير فيه، وهو سلف جر منفعة.

قلت له: إن وقع أيفسخ التأخير ويثبت الحقّ معجلا، والمقر يجحده ويقول: إنما أقررت ورضيت بما رضيت به من ذلك على ما جعل لي من التأخير افتداء من اليمين على رؤوس الناس والشهرة والشغب والخصومة، ونحو ذلك من القول، وأنا أحلف ماله علي شيء، هل يكون له ذلك أم لا؟ وهل يسقط عنه إذا حلف مع سقوط التأخير الذي أسقطته؟

قال لي: نعم، يكون على رأس خصومته، وأرى ذلك له، ولا يلزمه من ذلك الإقرار شيء.

قال محمد بن رشد: قوله في تأخير الحقّ عنه على أن يسقط عنه اليمين: إنه سلف جر منفعة، هو على أصل مالك في سماع أشهب في رسم البيوع، وعلى أصله أيضاً في المدونة بدليل قوله في كتاب الصلح منها: إن الرجل إذا ادعى على الرجل مائة دينار، فصالحه منها على خمسين إلى أجل؛ إن ذلك جائز إذا كان مقرا خلاف قول ابن القاسم فيها: إن ذلك جائز، وإن كان منكرا؛ لأنه إن كان حقه حقًّا فله تأخيره، وإن كان باطلا

فليس له أن يأخذ منه شيئا، وقد مضى في رسم البيوع من سماع أشهب من القول على هذه المسألة ما فيه بيان إن شاء الله، وبه التوفيق.

مسألة:

وسألته عن المقارض يفلس بديون عليه، فيقر في بعض ما في يديه أنه مال القراض؟

قال: لا يقبل قوله.

قال محمد بن رشد: قد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وفي رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة، من سماع ابن القاسم أيضاً من كتاب تضمين الصناع، وقلنا: إنها مسألة يتحصل فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أن إقراره جائز.

والثاني: أنه لا يجوز.

والثالث: الفرق بين أن تكون على أصل القروض بينة أو لا تكون، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم.

ومن الناس من ذهب إلى أن الخلاف في جواز إقراره؛ إنما هو إذا لم يكن على أصل القروض بينة، وأما إذا كان على أصله بينة فلا اختلاف في أن إقراره جائز، وهذا بعيد؛ لأن الظاهر من هذه المسألة الذي هو كالنص فيها، إنما تكلم على من فلس وقد علم أنه معارض، وقد قال فيها: أن قوله لا يقبل، ومن ذهب إلى أنه لا خلاف في جواز إقراره إذا كان على الأصل بينة، يقول في هذه المسألة: المعنى فيها: أن يقر فيما في يديه مما ليس من تجر القراض أنه من القراض ليلا يباع عليه ثياب أو بسط توجد في داره وهو يتجه بالقراض في الحنطة، فيقول: هي من القراض، فلا يصدق، ولو كان يتجه في مال القراض في الثياب أو البسط قبل منه بعد يمينه ولم يبع عليه، ومنهم من ذهب إلى أن رواية أبي زيد في الفرق بين أن يكون على الأصل بينة أو لا تكون مفسرة للقولين جميعا، فلا يكون في المسألة على هذا التأويل اختلاف، وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع

قال: وسمعته يقول في رجل أخذ من رجل مالا قرارا فاشترى متاعا وخرج إلى أطرابلس، فقام عليه بأطرابلس، غرماء صاحب المال وغرماء العامل؟

قال: فرق مالك بين أن يقوم عليه غرماء صاحب المال، وغرماء العامل، فقال: إذا قام غرماء صاحب المال بيع المتاع، فأعطي العامل حصته من ذلك، وكان ما بقي لغرماء صاحب المال، فإذا قام على العامل غرماؤه، فأرادوا أن يباع فيأخذوا ربحه؛ لأن

لهم فيه فضلا، لم يبع حتى يحضر صاحب المال، قال أصبغ مثله؛ لأنه ليس للعامل في المال بعينيه شيء، ولا يجبر العامل على البيع ولا يمنع منه إن شاء ذلك هو عند ذلك أو بعده، فإذا باع ونص فوجد المال قضى لهم صاحب المال دينهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة متكررة في رسم أوصى أن ينفق على أمهات أولاده من سماع عيسى من كتاب القراض.

وقوله: إنه إذا قام على العامل غرماء صاحب المال، بيع المتاح، وأعطى العامل حصته من ذلك، وكان ما بقي لغرماء صاحب المال، معناه: إذا كان لبيعه وجه لا ضرر فيه على العامل، فإن كان عليه فيه ضرر لربح يرتجيه في أسواقه لم ييبس عليه حتى يأتي أسواقه، وكذلك في تفسير ابن مزين، وكتاب ابن المواز عن مالك أنه لا يباع إلا أن يرى لذلك وجه ومصلحة، وهو معنى ما في المدونة.

وقوله: وقال أصبغ مثله؛ معناه: وقال أصبغ مثل قول ابن القاسم: إن العامل إذا قام عليه غرماؤه لم يبع عليه مال القراض، حتى يحضر صاحب المال، وعلل ذلك بما ذكره من أنه ليس للعامل في المال بعينه شيء، وهو تعليل صحيح؛ إذ لا شيء له في المال حتى يباع وينض إلى ربّ المال رأس ماله، وقوله بعد ذلك: ولا يجبر العامل على البيع الخ قوله؛ معناه: إذا قام عليه غرماء صاحب المال، بدليل قوله في آخره قضى لهم صاحب المال دينهم، ومن قوله الذي تقدم: إن المال يباع على العامل إذا قام عليه غرماء صاحب المال، فلا وجه له عندي إلا أن يكون معناه: يجبر على البيع ولا يمنع منه إن شاء ذلك، إذا قام عليه غرماء صاحب المال، ولا وجه لبيعه في ذلك الوقت، وأما إذا قام على العامل غرماؤه، فلا إشكال في أنه لا يباع المال عليه حتى يحضر صاحبه؛ لأنه لا ربح له في المال حتى يرجع إلى ربّ المال رأس ماله، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ، وسحنون: سألنا ابن القاسم عن الذي يعتق عبيدا له وعليه دين يستغرق بعضهم، ثم يستحدث دينا بعد ذلك، ثم يقوم به الغرماء الأولون الذين أعتق ولهم عليه الدين؟

قال: يرد من عتق العبيد بقدر الذي كان لهم من الدين يوم أعتق، فيباع ذلك لهم، ويدخل معهم فيه الغرماء الآخرون، ثم يعتق ما بقي من العبيد، ولا تباع منهم شيء بعد ذلك، ولا تباع للأولين، إلا أول مرة على ما فسرته لك فقط.

قال أصبغ: وقد قال بعض الناس: إذا دخل الآخرون على الأولين في ثمن ما بيع لهم أولاد فحاصوهم فيه حتى ينتقصوهم فيه، بيع للأولين ثانية بقدر ما أخذ منهما، فدخلوا عليهم فيه أيضاً بالحصص، ثم يرجع إلى البيع أيضاً أبدا هكذا حتى يستوفي الديون أو يستغرق بيع العبيد، فلا يعتق منهم شيء.

قال أصبغ: وليس هذا عندنا بشيء، فكأن هذا يصير ردا للعتق للآخرين، وليس للآخرين في العتق مقال؛ لأنه قد سبق ديونهم، وإنما يرد للأولين قدر ما تلف من ديونهم يوم قاموا عليه، ثم أعتق ما بقي، وأثبت عتقه، ولا يزول، فإذا بيع ذلك للأولين، صار كأنه مال لهم عليه أقروه في يديه إلى أن استحدث دينا وفلس، فإنهم يتحاشون جميعا في ماله، وليس ما كان نفذ فيه العتق مما فضل يوم أعتق على الدين بمال له ولا لهم، وقد سألت ابن القاسم عن هذا القول الذي قاله من قاله، فعرفه ولم يعجبه، ولم يره ولا رآه ظلما ولا أعلم إلا وقد خلا بصدره، أو قاله مرة ثم رجع عنه على بصيرة وعلم إلى ما كتبت عنه في سؤالي إياه.

قال محمد بن رشد: قوله: وقد قال بعض الناس هو أشهب، والله أعلم، وقد حكى ابن المواز عنه فيمن ابتاع عبدا بيعا فاسدا فأعتقه، وقيمته أكثر من الثمن، وليس له غيره، فإنه يباع منه قدر الثمن فقط؛ لأن القيمة إن كانت أكثر لم يلزمه إلا بعد القبض ولكن يتبع بالزائد، فقال: إن ذلك من قوله رجوع منه إلى أصل ابن القاسم في غريم قبل غريم، وليس ذلك من قوله بصحيح؛ لأنه إنما تكلم على أن المبتاع أعتق العبد وهو في يد البائع قبل أن يقبضه، وما كان بيده فهو رهن بالثمن الذي وقع البيع به، فلا يصح أن يدخل عليه فيه بحال، ولو أعتقه بعد القبض لنفذ عتقه على أصله، واتبع بالقيمة دينا في ذمته، فلم يختلف قول أشهب فيمن أعتق عبده وعليه دين لا يستغرقه، ثم استدان دينا بعد العتق فدخل الغرماء الآخرون على الأولين فيما بيع لهم من العبد أنه يباع لهم منه ثانية بقدر ما أخذ منهم، ثم إن دخلوا عليهم في ذلك بيع لهم منه ثالثة بقدر ما أخذ منهم، وهكذا أبدا حتى تستوفي الديون جميعا أو تستغرق بيع العبد، ولا اختلف قول أصبغ في أنه لا يباع للغرماء الأولين ثانية ما انتقصهم به الآخرون، واختلف في ذلك قول ابن القاسم، فكان أولا يقول مثل قول أشهب، ثم رجع فقال: إنه يباع من العبد بقدر ديون الأولين فيدخل عليهم في ذلك الغرماء الآخرون، ولا يباع للأولين إلا قدر ما بيع لهم أولا، واختلف في ذلك أيضاً قول مالك، فمرة قال: إنه لا يباع للغرماء الأولين ثانية بما انتقصهم به الغرماء الآخرون، ومرة قال: إنه يباع لهم منه

بذلك أبدا حتى تستوفى جميع الديون، أو تستغرق بيع جميع العبد؛ وهذا القول هو الذي رجع إليه مالك على ما حكاه ابن كنانة، وابن نافع عنه في المدونة.

وحكى ابن القاسم عنه فيها: أن القول الآخر هو الذي رجع إليه، وأقام عليه، حكى عنه القولين فيمن دبر عبده وعليه دين لا يستغرقه، ثم استدان بعد التدبير دينا آخر، ولا فرق في هذا بين التدبير والعتق والصدقة والحبس والهبة.

واختلف في هذه المسألة أيضاً قول ابن كنانة، فله في المدنية فيمن دبر عبده وعليه دين ثم استدان بعد التدبير دينا آخر أنه يباع من المدبر بقدر الدين الذي كان قبل التدبير، فيعطيه أصحاب الدين كان ذلك لهم، ولا يباع للآخرين منه شيء حتى يموت السيد.

ورأيت له في مسائل منتخبة لابن لبابة: سئل عن الرجل يدبر عبده وعليه دين، فيجرح المدبر رجلا حرا، ويقوم أهل الدين عليه بدينهم، فقال: لا ترقبه الجناية، وإنما يرقه دين سيده، فإن قام غرماؤه يريدون ردّ تدبيره بيع منه بقدر دينهم، فإذا بيع قال المجنى عليه: أنا أولى بما بيع منه؛ لأن جرحي في رقبته، وديونكم في مال سيده، فيأخذه ثم يباع منه أيضاً بقدر ديونهم، فيقول المجنى عليه: أنا أولى بما بيع منه؛ لأن جرحى في رقبته، وديونكم في مال سيده، فيأخذ المجروح فلا يزال هكذا يباع ويأخذه المجروح حتى يباع منه بقدر الجرح وبقدر الديني، فإن بقي منه شيء كان مدبرا حتى يموت السيد، فدين السيد يرقه؛ لأنه لا يجوز له تدبير وعليه دين، والمجروح يتخذه لأنه جرحه في رقبته، ولولا الدين لم يرق ولم يبع منه شيء، وأخذه المجروح فاختدمه دون الغرماء حتى يموت السيد، فإن كان له مال يعتق فيه عتق واتبعه المجروح ببقية عقل جرحه، وإن لم يكن له مال عتق ثلثه ورق ثلثاه، واتبع العتيق بثلث ما بقي من جرحه، وكان الورثة مخيرين في افتكاك الثلثين بثلثي ما بقي من دية جرحه أو إسلامه، فنفي ذلك فعلوا كان لهم، وهذا اختلاف من قول ابن كنانة؛ إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى والقياس، والذي يلزم في مسألة جناية المدبر هذه على قياس قوله الآخر ألا يباع من المدبر شيء لأهل الدين ثانية، ويكون دينهم في ذمة السيد المدبر، يتبعونه به إلى أن يموت، ويكون أهل الجناية أحقّ باختدم ما بقي من المدير بعد الذي بيع منه في الدين واختدموه في جنايتهم، فإن استوفوا بقية جنايتهم من خدمته قبل أن يموت السيد اختتمه أهل الدين أيضاً إلى أن يموت السيد، فيباع منه بما بقي من دينهم ويعتق ثلث الباقي، وإن لم يستوف أهل الجناية بقية جنايتهم من خدمته إلى أن يموت سيده بيع منه

لأهل الدين بدينهم؛ إذ قد ذهبت ذمته بموته، فكان أهل الجناية أحقّ بما بيع منه، ثم يباع لهم بدينهم ثانية، فيكون أهل الجناية أحق، هكذا أبدا إلى أن يستغرق ذلك بيع المدبر، أو يفضل منه فضلة فيعتق ثلثها، ويرق للورثة ثلثاها، ولا اختلاف بعد موت السيد في وجوب البيع ثانية للغرماء إذا أخذ منهم ذلك أهل الجناية، وهكذا أبدا إلى أن يباع المدبر كله أو يفضل منه فضلة فيعتق ثلثها، ويرق ثلثاها للورثة، ولو دبر الرجل عبده ثم استدان دينا بعد التدبير، وجنى المدبر جناية، لكان أهل الجناية أحقّ باختدام المدبر في جنايتهم من أهل الدين، ولا يباع من المدبر شيء حتى يموت السيد، فإذا مات بيع منه لأهل الدين بدينهم، وكان أهل الجناية أحقّ بذلك، ثم يباع لهم ثانية وثالثة أبدا إلى أن يستغرق البيع جميعه أو تفضل منه فضلة فيعتق ثلثها، ويرق للورثة ثلثاها؛ مثال ذلك: أن يدبر الرجل عبده، وقيمته مائة دينار، ثم يستدين بعد التدبير عشرة دنانير، ويجني المدبر جناية قيمتها ثمانون دينارا، فيكون الحكم في ذلك أن يستخدم أهل الجناية المدير في جنايتهم إلى أن يموت السيد، ويكونون أحقّ بذلك من الغرماء، فإن استوفوا في حياة السيد من خدمة المدبر عشرة دنانير مثلا، ثم مات السيد كان الباقي لهم من الجناية سبعين دينارا، وللغرماء في ديونهم عشرة دنانير، فيباع لهم من المدبر عشره بعشرة دنانير، ويكون أهل الجناية أحقّ بذلك، فيأخذوه منهم، ثم يباع لهم منه ثانية أيضاً عشره بعشرة دنانير، ويكون أهل الجناية أحقّ بذلك، فيأخذوه منهم، ثم يباع لهم منه ثالثة أيضاً عشره بعشرة دنانير، ويكون أهل الجناية أحقّ بذلك فيأخذوه منهم، ثم يباع لهم منه رابعة فيأخذوه أهل الجناية، ثم خامسة فيأخذوه أهل الجناية، ثم سادسة فيأخذوه أهل الجناية، ثم سابعة فيأخذوه أهل الجناية، فيستوفوا بذلك جميع جنايتهم، ثم يباع لهم ثامنة عشره بعشرة دنانير، فيستوفوا دينهم، ويبقى من المدبر خمسه، فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه للورثة، ولا اختلاف في هذا أعلمه.

ورأيت لابن دحون أنه قال: اتفاقهم على هذه المسألة حجة على ابن القاسم فيما اختاره وأخذ به ورجع إليه في الذي يعتق وعليه دين لا يستغرق العبد المعتق، ثم يستدين بعد العتق دينا آخر، من أنه لا يباع للغرماء الأولين ثانية، بما انتقصهم به الغرماء الآخرون مما بيع لهم؛ إذ لا فرق بين المسألتين؛ لأن الدين يرد التدبير، والجناية أولى بذلك، وكذلك دين الأولين يرد العتق والغرماء الآخرون أولى ببعض ذلك، فإذا وجب في مسألة الجناية أن يباع من المدبر ثانية لأهل الدين بما أخذ منهم أهل الجناية وجب في مسألة العتق أن يباع للغرماء الأولين ثانية بما أخذه منهم الغرماء الآخرون،

فترد المسألة المختلف فيها إلى المسألة المتفق عليها؛ هذا معنى قوله دون لفظه، وليس قوله عندي بصحيح، والفرق بين المسألتين على ما اختاره ابن القاسم، وأخذ به في مسألة العتق أن العتق لا يرده الدين الحادث بعده إذا مات المدبر، والمدبر مملوك، والمعتق حر، فلا يعود عليه دين حدث بعد عتقه، ودين الآخرين حدث بعد عتقه، فإذا دخلوا على الأولين كان ما انتقصهم دينا حدث لهم على المعتق، فلا يرد العتق به؛ لأن الذي حدث للأولين من الدين إنما هو من أخذ الآخرين، ودين الآخرين بعد العتق، فلا يرد العتق من أجله؛ لأن ذلك ظلم للعبيد، وهو قوله في الرواية ورآه ظلما؛ يريد: ظلما للعبيد في أن يرد عتقهم بدين حادث بعد عتقهم، والتدبير بخلاف ذلك؛ لأنه يرده كل دين حدث بعده إذا مات السيد المدبر، ويتخرج في مسألة العتق عندي قول ثالث، وهو ألا يكون للغرماء الآخرين دخول على الغرماء الأولين في ثمن ما بيع لهم من العبد المعتق؛ لأنه إنما بيع لهم، فمصيبة الثمن منهم إن تلف، على معنى ما في المدونة في ثمن الرهن يضيع بيد الذي أمره السلطان ببيعه، أن مصيبته من المرتهن الذي بيع له، لا من الراهن الذي بيع عليه، ويلزم في مسألة العتق على قياس قوله فيما لو تلف الثمن في يد البائع قبل أن يدفع إلى الغرماء الأولين أن تكون مصيبته من الغريم المعتق، فيباع بذلك من العبد المعتق ثانية، ووجه إيجابه للغرماء الآخرين الدخول على الغرماء الأولين في ثمن ما بيع لهم من العبد المعتق أو العبيد المعتقين أنه إنما بيع ذلك لجميعهم، ولو بيع للأولين ولم يعلم بدين الآخرين ألا بعد البيع لوجب ألا يكون لهم عليهم في ذلك دخول قولا واحدا، والله أعلم، وبه التوفيق.

ومن كتاب البيوع

وسئل عن الصبي يكون له شاهد واحد على حقه من مورثه فيستحلف الذي عليه الحقّ ليبرأ؛ لأن الصبي لا يحلف، فيحلف فيكبر الصبي فيقال له: احلف مع شاهدك واستحق، فيرد اليمين على الغريم ويقول له: احلف وتبرأ؟

قال: ليس عليه أن يحلف ثانية قد حلف مرة، فاليمين ساقطة عنه.

قال أصبغ: لأنه قد برئ يوم حلف، وهو بريء أبدا حتى يحلف الصبي فيكون حلفه كالشهادة الحادثة القاطعة.

قال محمد بن رشد: قول أصبغ لأنه قد برئ يوم حلف وهو برئ أبدا حتى يحلف الصبي إلى آخر قوله، يقتضي أنه لا يجب توقيف الدين، وقد قيل: إنه إذا حلف الذي عليه الحقّ أخذ الدين منه ووقف حتى يكبر الصبي فيحلف ويأخذه، ومعنى ذلك إذا لم

يكن مليا، وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفى في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى من كتاب الشهادات، فلا معنى لإعادته، وسيأتي من معنى هذه المسألة وما يتعلق بها في هذا الرسم، وفي رسم الوصايا والأقضية من هذا السماع ما فيه بيان لها، وقد مضى القول عليها في سماع أصبغ من كتاب الشهادات أيضاً، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن المريض يكون عليه الدين للناس، فيقضي بعض غرمائه في مرضه، ثم يموت في ذلك المرض ولم يترك مالا، هل يرجع الآخرون على هؤلاء بشيء يحاصونهم؟

فقال: إن كان مرضا مخوفا فليس له أن يقضي بعضهم دون بعض، وإن كان مرضا ليس بمخوف حتى يحجب عن القضاء في ماله، فقضاؤه جائز.

قال الإمام القاضي: تفرقته في هذه الرواية بين أن يكون مرضه مرضا مخوفا أو غير مخوف مفسر لقول ابن القاسم، وروايته عن مالك في كتاب المديان من المدونة، في أن المريض إذا كان الدين يخترق ماله لا يجوز له أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، خلاف قول غيره فيها: المريض لم تحجر عليه التجارة، وهو كالصحيح في تجارته وإقراره بالدين لمن لا يتهم عليه؛ لأن الظاهر منه أن قضاءه بعض غرمائه جائز، وهو قول سحنون، وأحد قولي مالك وقع اختلاف قوله في ذلك في كتاب الإقرار من النوادر، فالاختلاف في جواز قضائه بعض غرمائه دون بعض، إنما هو إذا كان مرضه مرضا مخوفا يحجب فيه عن القضاء في ماله؛ أما إذا كان مرضه مرضا غير مخوف لا يحجب فيه عن القضاء في ماله، فلا اختلاف في أن حاله في مرضه ذلك حال الصحيح، وقد اختلف قول مالك في المدونة في رهنه وقضائه؛ فيتحصل فيه جملة المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن رهنه وقضاءه جائز وإن كان مريض.

والثاني: أن رهنه وقضاءه لا يجوز وإن كان صحيحا.

والثالث: الفرق في ذلك بين أن يكون مريضا أو صحيحا، وكذلك إقراره بالدين لمن يتهم عليه، وأما إقراره بالديني لمن لا يتهم عليه فلا اختلاف في جوازه، وإن كان مريضا، وإنما لا يجوز قضاؤه بعض غرمائه دون بعض، على القول بأن قضاءه لا يجوز، إذا كان ما بيده من المال لا يفي بما عليه، وأما إن كان ما بيده من المال يفي بما عليه من الديون، وإن كانت مستغرقة له، فقضاؤه جائز، قال ذلك إسماعيل القاضي،

وهو صحيح ينبغي أن يحمل على التفسير لما في المدونة، ولهذه الرواية؛ لأنه إذا قضى بعض غرمائه وفيما بقي من ماله ما يفي بحقوق من بقي منهم، فلم يحاب من قضاه على ما لم يقضه، فمعنى قوله في المدونة: إذا كان الدين يغترق ماله؛ أي: إذا لم يكن له به وفاء، ومعنى قوله في هذه الرواية: يكون عليه الدين للناس؛ أي: دين لا يفي به ما بيده من المال، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يكون له الحقّ على الرجل حالا فيسأله أن يؤخره وينظره به إلى الصدر، فيأبى ويقول: اكتب حقي عليك حاليا وأنا أنظرك حتى يتهايأ، ففعل، ثم بدا له أن يأخذه به قبل أن يتهايأ له، فقال: إن شهد له على أنه قد أنظره إلى أن يتهايأ له رأيت ذلك له، وإن كان كتبه له حاليا، وإنما هو رجل أشهد له بحقه أنه حال وأنظره إلى أن يتهايأ له، رأيت ذلك له، إلا أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما أراد يتهايأ بعد الصدر وما أراد إلا فيما بينه وبين ذلك أن تهايا إلى ذلك، فإن حلف رأيت ذلك له.

قال أصبغ: لا أرى له فيما بينه وبين الصدر شيئا إذا لم يتهايأ له بغير مرضية من بيع عقار يلجئه إليه، أو ربع قد كان له؛ إنما استنكره مخافة ذلك، وذلك في الذي كتبه حاليا، فإذا حل الصدر أخذه به ولم يحلف، وأما الوجه الآخر إذا أنظره فيهما إلى أن يتهايأ له فهو على الصدر وبعد الصدر متى ما تهايا له، إذا لم يكن في بساط التأخير طلب للذي عليه الحقّ للصدر، فإذا كان كذلك لم يجاوز الصدر، ولم يتعجل دونه إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة بين، والاختلاف الواقع فيها بين ابن القاسم وأصبغ، جار على أصل مختلف فيه في المذهب، وهو الأيمان هل تحمل على بساطها على ما تقتضيه ألفاظها دون الاعتبار بما خرجت عليه من بساطها؛ فجعل ابن القاسم ذكر الصدر الذي خرج التأخير عليه دليلا على صدق قوله فيما ادعى أنه لم يرد أن يؤخره إلى ما بعده، واستحلفه على ذلك، واستخلافه على ذلك جار على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، وجعل أصبغ ذكر الصدر الذي خرج التأخير عليه كالتصريح بأنه إنما أخذه فيما بينه وبين الصدر، ويتخرج في المسألة قول ثالث، وهو أن يلزمه التأخير إلى أن يتهايأ له، كان ذلك قبل الصدر أو بعده، وهذا على القول بترك الاعتبار بالبساط، ومراعاة ما تقتضيه الألفاظ، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل هلك وترك دينا على رجل له عليه شاهد واحد، وترك ولدا كبيرا سفيها مولى عليه؟

قال: يحلف ويستحق حقه، فإن نكل حلف المطلوب، فإن حلف برئ وبطل عنه ما ادعى عليه، وإن حسنت حالة السفيه يوما مما لم يكن له أن يحلف ويأخذ، ولو كان يكون ذلك له ما كان له أن يحلف وهو سفيه ويستحق حقه، ولو كان ينتظر به حتى يحسن حاله، بمنزلة الصغير ينتظر به الكبر، وكذلك النصراني يكون له شاهد واحد فيحلف معه، فإن حلف استحق، وإن نكل حلف المطلوب، وليس يقال: كان أسلم يوما مما حلف، والنصراني حالته شر من السفيه في حالته، ولعله أن يكون نصرانيا سفيها فيؤمر إن أسلم يوما ما أن يحلف بعد أن يترك، ليس هذا بشيء.

قال الإمام القاضي: قد مضت هذه المسألة، والقول فيها في هذا السماع من كتاب الشهادات، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يقول عن مالك: إنه بلغه عنه أنه قال في رجل اشترى سلعتين مختلفتين ففلس المشتري، فوجد البائع إحدى السلعتين في يديه وفاتت الأخرى، فأفتك الغرماء السلعة الباقية بثمنها، ودفعوه إليه، أنه يرجع يحاصهم بثمن السلعة الفائتة في ثمن السلعة التي افتكوها.

قال أصبغ: وذلك أنها مال من مال المفلس ضمانها منه، ونماؤها له؛ يعني: الغريم يحط به عنه من دينه، وإنما الثمن الذي افتكوها به سلف منهم له جائز لهم ماض ذلك عليه في صريح الحكم في قول العلماء والناس.

قال القاضي: قوله: فافتح الغرماء السلعة الباقية بثمنها؛ معناه: بما أصابها من الثمن الذي باعها به مع الأخرى، وقوله: إنه يرجع فيحاصهم بثمن السلعة الفائتة في ثمن السلعة التي افتكوها؛ يريد: ويضربون معه فيها، وفي جميع مال المفلس بما لهم عليه من الديون، وبالثمن الذي افتكوها به، وإن كانوا افتكوها من أموالهم، كما كان يضرب هو به لو أسلمها ولم يؤدوا إليه ثمنها؛ لأن ذلك كالسلف منهم له، على ما قاله أصبغ، وإن كانوا افتكوها من مال المفلس، ضربوا معه فيها، وفي سائر مال المفلس بما كان لهم عليه من الديون.

وقول أصبغ: وذلك أنها مال من مال المفلس ضمانها منه ونماؤها له؛ يعني: الغريم

تعليل صحيح، وذلك مذهبه، وقوله في المدونة، وفي سماع ابن القاسم من هذا الكتاب في بعض الروايات خلاف ما مضى في أول سماع يحيى من أن الضمان والنقصان من الغرماء، والفضل للمفلس، فعلى هذا لا يضرب الغرماء معه فيها بما افتحوها به من أموالهم إلا إذا سلمت وبيعت بربح، وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفى في أول سماع يحيى، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعته يقول في رجل عليه دين يحيط بماله أو بعضه، فتحمل بحمالة وهو يعلم أنه سيغرم: إنه لا يسعه ذلك فيما بينه وبين الله. قال: والحمالة أيضاً عند مالك مفسوخة لا تجوز، ورآها من ناحية الصدقة، ولم يرها من ناحية البيع.

قال أصبغ: وذلك أن الحمالة معروف، ألا ترى أن حمالة المرأة لا تجوز إذا كانت ذات زوج إذا جاوزت الثلث الذي يجوز قضاؤها فيه؛ لأنها أنزلت كالصدقة؛ ألا ترى أنه حمالة العبد المستتجر أيضاً لا تجوز؛ لأنها ليست من التجارة، إنما هي معروف وليس المعروف من التجارة التي سفط عليها.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي عليه دين يحيط بماله أو ببعضه: إنه لا يسعه فيما بينه وبين خالقه أن يتحمل بحمالة وهو يعلم أنه يغرم، وإن الحمالة تفسخ وترد ولا تجوز لأنها من المعروف، صحيح بأن لا إشكال فيه.

وقوله في الذي لا يحيط الدين إلا ببعض ماله: إن حمالته لا تجوز؛ معناه: إذا كانت حمالته التي تحفل بها لا يحملها ما فضل من ماله عن الدين الذي عليه، وأما إن كانت الحمالة التي تحفل بها يحملها ما يفضل من ماله بعدما عليه من الدين، فهي جائزة في الحكم سائغة لمن فعلها، وإذا كان الرجل قائم الوجه يبيع ويشتري ويتصرف في ماله، فحمالته وهبته وصدقته جائزة نافدة وإن علم أن عليه ديونا كثيرة، ما لم يعلم أنها مستغرقة لماله، فهي على الجواز حتى يثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف، وقد مضى هذا المعنى في سماع عيسى من كتاب الرضاع، والمسألة بعينها متكررة في سماع أبي زيد من كتاب الكفالة والحوالة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عن رجل فلس قوم ثم داينه رجل منهم، ثم فجلس ثانية، فلم يكن في ماله وفاء بدينه الذي أسحره الآخر به، ثم داينه بعد ذلك بشيء آخر، فربح فيه ربحا كثيرا ثم فجلس ثالثة، أيكون هذا الذي داينه أولى بجميع ما بيده حتى يستوفي

دينه الأول والأوسط والآخر؟

قال: لا، ولكن له ماله الذي داينه به آخر مرة، وما فضل فهو والغرماء الأولون فيه أسوة بجميع دينه ما بقي من أول وأوسط، وإنما ذلك بمنزلة ما لو داينه غيره، فكل في فجلس ثم داينه آخرون، ثم فلس ثانية، فالذين داينوه بعد تفليسه أولى حتى يستوفوا رؤوس أموالهم، ويكون الربح والفضل لجميع غرمائه، قال أصبغ مثله، وهي جيدة صواب كلها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة، فلا وجه للقول فيها، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: وسمعته وسئل عن رجل عليه دين قام عليه الغرماء، ولا مال له، فجاء من يسلفه أو يعينه إلى أجل، أعليه أن يأخذ ذلك فيقضيه الغرماء؟

قال: ليس ذلك عليه، وفي التعيين أبين، والسلف أيضاً ليس ذلك عليه، وقاله أصبغ.

قال الإمام القاضي: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه أنه لا يلزم المديان أن يستسلم، ولا أن يستوعب، ولا أن يستعين ليؤدي ما عليه من الدين، ولا أن يقبل شيئا من ذلك إن طاب له بذلك أحد؛ لأن الغرماء لم يعاملوه على ذلك ولا دخلوا معه عليه، ولا يلزمه قبول معروف أحد، ولا تحمل منته وإن طبع الرجل أن يسلف الطالب فيقضيه ماله على الغريم المطلوب ويرجع به عليه، لزمه ذلك ولم يكن له أن يمتنع منه؛ لأن المعروف إنما هو للطالب ليس للغريم المطلوب، فلا قول له في ذلك ولا وجه لامتناعه منه، هذا قول مالك وجميع أصحابه، خلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد من أنه من أدى عن رجل مالا بغير أمره فليس له أن يرجع به عليه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يقول عن مالك في رجل قام عليه غرماؤه ففلسوه فيما بينهم وأخذوا ماله، ثم داينه آخرون: أن الآخرين أولى بما في يديه بمنزلة تفليس السلطان.

قال أصبغ: قال لي ابن القاسم: ولو قاموا عليه فلم يجدوا في يديه شيئا فتركوها لم أر هذا تفليسا ورأيت إن داينه آخرون بعد ذلك ثم فالس أن يدخل الأولون مع الآخرين، إلا أن يكونوا بلغوا به السلطان وكان هو الذي فلسه، فذلك تفليس وكان لم يوجد له شيء، وذلك أن السلطان يكشفه ويبلغ من كشفه ما لا يبلغ هؤلاء، قال: ولو

أعلم أنهم كانوا يبلغون منه مثل ذلك لأنفسهم دون السلطان لرأيت ذلك تفليسا، ولكن لا أحب أن أقوله مخافة ألا يبلغوا ذلك، وقاله أصبغ؛ قال: وتفليسهم إياه فيما بينهم أليق إذا فعلوا ذلك واجتمعوا فيه وبلغوه، وتبين ذلك تفليسا كالسلطان، ومما يبين ذلك أن يجدوا له الشيء اليسير، أو السقط في الحانوت الذي يكشف فيه ويفلس، فيأخذون ما وجدوا ويقتسمونه على تفليسه، واليأس من ماله، فيطلقونه فهو عندي تفليس كالسلطان سواء، والسلطان هكذا كان يفعل ونحوه.

قال محمد بن رشد: هذا هو حقّ التفليس الذي يمنع من دخول من فلوسه على من عامله بعد التفليس، وأما حذف التفليس الذي يمنع قبول إقراره، فهو أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه أو يقوموا عليه فيتستر عنهم فلا يجدوه، قال محمد: ويحولوا بينه وبين التصرف في ماله بالبيع والشراء، والأخذ والعطاء، إلا أن يكون لواحد منهم بينة، فيكون إقراره جائزا لمن أقر له، إذا كان في مجلس واحد أو قريب بعضه من بعض.

قال ابن حبيب: وإن كان المقر لهم ممن يتهم عليه، أو إلا أن يكون من له بينة لا يستغرق ماله أو إلا أن يكون إقراره عند القيام عليه قبل أن يستسلم وشككت فيجوز؛ إذ لا يقدر على أكثر من ذلك، وقد روي عن مالك أن إقراض المفلس يجوز لمن يعلم منه إليه تقاضيا ومداينة وخلطة مع يمينه، ويحاص من له بينة، ولذلك وجه.

واختلف إذا قضى بعض غرمائه بعد أن تشاوروا في تفليسه قبل أن يفلسون فلم يجزه ابن القاسم، وأجازه أصبغ.

وفي قوله في هذه الرواية: وذلك أن السلطان يكشفه ويبلغ من كشفه ما لا يبلغ هؤلاء، مما يقوم منه أن للإمام أن يفتش عليه داره، وكذلك قال ابن شعبان: إنه تفتح عليه داره، وكان الشيوخ المتأخرون يختلفون في ذلك، والأظهر أن يفتش عليه، فما ألفي فيها من متاع النساء فاجعته زوجته كان لها، وما ألفي فيها من عروض تجارته بيع لغرمائه، ولم يصدق إن ادعى أنه ليس له، وما ألفي فيها من العروض التي ليست من تجارته فادعى أنها وديعة عنده أو عارية أو ما أشبه ذلك، جرى ذلك على مما قد ذكرته من الاختلاف في ذلك في غير ما موضع، من ذلك ما في رسم البيع والصرف من هذا السماع، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته وسئل عمن تكارى أرضا يزرعها واستأجر أجراء يقومون فيها بسقيها وعلاجها، ثم فلس؟

قال: صاحب الأرض والأجراء في الزرع أولى من سائر الغرماء، وأنهم يتحاصون في ذلك ربّ الأرض والأجراء، وقاله أصبغ، وقال: قلت لابن القاسم: فإن كان استأجر فيها أجراء لسقيها فعجزوا عنها ثم تركوها، فاستأجر غيرهم ثم فلس، ففضل عن ربّ الأرض والأجراء فضلة، أيكون أولئك الأولون العاجزون أحقّ بما فضل، أو يكونون كذا أسوة مع من بقي؟

قال: بلا يكونوا كذا أحقّ بما فضل عنهم حتى يستوفوا، وقاله أصبغ: لأنهم أحيوا أولا وأول حياته منهم وبهم، وإنما بدىء هؤلاء عليهم لأن بهم تم بمنزلة الرهن أن لو رهنه يوما فأحيوا بما لهم، ثم عجزوا فرهنه غيرهم، إن الآخرين أحق، وما فضل فللأولين برهنهم وإحيائهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أول سماع أشهب، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصدقة والأحباس

وقال مالك في الأجير يستأجره الرجل فيستتجره: إنه لا بأس بذلك، قال: وما استدان في ذلك فإنما يلحق ذمته إذا لم يكن في يديه مال، قيل لابن القاسم: الضمان يقع عليه إذا استأجره وأطلعه في حانوت أجلسه فيه يعمل فيه، فما دخل عليه كان للذي استأجره، قال: نعم.

قلت: وترى هذه الإجارة جائزة؟

قال: نعم.

قلت له: ألا تراه كأنه استأجره بشرط على أن يضمن له ما تلف؟

قال: لا، وأين الشرط؟

قلت: إذا كان الضمان يقع عليه، فكأنه شرطه في الأصل.

قال: لا، وهذه سنة المسلمين لا شك فيها، أرأيت الرجل يستأجر النباتية في سفينته بشيء مسمى يحملون فيها، ويكرونها له: إنه لا بأس به، والضمان عليهم فيما حملوا من الأطعمات، فهذه سنة المسلمين وأجرتهم وعملهم، وكذلك لو تكارى قوما في ظهر له يكنونه ويحملون عليه ويرحلونه، فهم ضامنون لما حملوا من الأطعمة، وكذلك عبده الصانع يضعه للعمل ويستتجره، فما لحقه في ذلك كان في ذمته.

قال الإمام القاضي: قوله في أول المسألة في الأجير يستأجره الرجل فستتجره أنه لا بأس بذلك صحيح، ومعناه: إذا كان العمل الذي استأجره لعمله من نحو العمل فيما

استتجره فيه، فيجوز ذلك إذا رضي الأجير ولا يكون به بأس، وهذا على معنى قوله في كتاب الرواحل من المدونة في أن من أكرى دابة إلى بلد فليس له أن يركبها إلى بلد غيره إلا برضى المكري، وقد قيل: إن له أن يركبها إلى غير ذلك البلد إذا كان الطريق مثله في الحزونة والسهولة، شاء ذلك المكري أو أبى، وهو قول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة، وقيل: إنه لا يجوز أن يركبها إلى غير ذلك البلد وإن رضي المكري؛ لأنه فسخ دين في دين، وهو قول غير ابن القاسم في كتاب الرواحل والدواب من المدونة؛ فهذه الثلاثة الأقوال تدخل في هذه المسألة، ولو استأجره على أن يستأجره لجاز ذلك باتفاق إذا أم يضرب عليه خراجا معلوما، ولم يجز باتفاق إذا ضرب عليه خراجا معلوما، ويجوز على اختلاف إذا استأجره على أن يجيئه بغلته وخراجه من غير أن يسمي عليه من ذلك شيئا معلومات.

وقوله: إذا استأجره فاستتجره إن ما استدان في ذلك يلحق ذمته إذا لم يكن في يديه مال معناه: أنه يلحق ذمته منه ما لم يف به ما بيده من المال الذي استأجره فيه؛ إذ لا يصح أن يستأجره بغير مال.

وقوله: بعد ذلك متصلا بقول مالك قيل لابن القاسم: الضمان يقع عليه إذا استأجره وأطلعه في حانوت أجلسه فيه يعمل فيه إلى آخر قوله استيناف مسألة أخرى غير الأولى؛ لأن الأولى في استئجار الرجل من استأجره، وقد ذكرنا ما يتخرج في ذلك من الأقوال، والثانية في الأجير الصانع يجلسه الذي استأجره في حانوت على أن يعمل للناس ويلي معاملتهم، وهذا جائز باتفاق إذا رضي بذلك الأجير الصانع؛ إذ لا يلزمه بغير اختياره، لما يتمونه في ذلك من الأخذ والإعطاء، ويلزمه في ذلك من الضمان، ولو استأجره على ذلك ابتداء لتخرج ذلك على قولين، كالذي يستأجر الأجير على أن يجيئه بالغلة، وقد ذكرنا ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم قال في رجل له ولد كلهم بار به في حال واحدة، فأوصى أن لبعضهما عليه دينا؟

قال: لا يجوز إقراره ذلك، وقال: إن كان بعضهم بارا حسن الحال، وآخر عاق خبيث فأوصى لهذا العاق الخبيث بدين له عليه، ذكره من قبل أمه أو بشيء فهو جائز، وإن كان أوصى بذلك للبار لم يجز.

قال أصبغ: هي جيدة، وذلك أن التهمة بالتوليد تسقط في العاق ويصير كالأجنبي،

وأن التهمة واقعة في الآخر بأن يكون أوصى له بما ليس عليه، فتكون وصية لوارث، وذلك بمنزلة الزوجة يقر لها بديون فإن كان بها صفا معروفا ذلك منه، أو كان يورث كلالة لم يجز وكانت تهمة، وإن كان له ولد وكان بها غير صب وليس الذي بينهما بالحسن لم يتهم وجاز لها؛ لأنه أقر بدين وليس بوصية، وسواء كان الولد منها أو من غيرها إذا لم يتهم فيها بصبابة وميل.

قال محمد بن رشد: قوله: إن وصيته للعاق مات ولده بدين له عليه جائزة مثل إحدى الروايتين في كتاب المديان من المدونة، وتحصيل القول في هذه المسألة إذا كان ولده كلهم مستوطن في البر به أو العقوق له، فلا اختلاف في أنه لا يجوز إقراره بالدين في مرضه الذي مات منه لبعضهم دون بعض، وأما إذا كان بعضهم بارا وبعضهم عاقا له، فاختلف في إقراره للعاق على قولين: أحدهما: أنه جائز، وهو قوله في هذه الرواية، وفي إحدى الروايتين من كتاب المديان من المدونة.

والثاني: أنه لا يجوز وهو قول في الرواية الثانية من المدونة، والوصية بالدين في الصحة أو الحرب كالإقرار له بالدين في مرضه الذي توفي منه سواء، وكذلك القول في الإخوة والأخوات وسائر العصبة والقرابات، وأما إقرار أحد الزوجين بدين في مرضه الذي مات منه، أو وصيته له به في صحته أو في مرضه الذي مات منه، ففيه تفصيل قد مضى تحصيله في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته. وشهادة الأب لأحد بينه على بعض من هذا المعنى، إلا أن تهمته في الشهادة لبعضهم على بعض أخص من تهمته في إقراره لبعضهم دون بعض بدين في مرضه الذي توفي منه أو وصيته له به، ففي الموضع الذي يتفق على أنه لا يجوز إقراره له، وهو إذا كانوا مستويين في البر به أو العقوق له يختلف في جواز شهادته له، وفي الموضع الذي يختلف في جواز إقراره له وهو إذا كان بعضهم بارا به، وبعضهم عاقا فأقر للعاق منهم يتفق على جواز شهادته له، إلا أن يكون المشهود له في حجره صغيرا، أو كبيرا سفيها، والمشهود عليه كبيرا، فلا تجوز شهادته له باتفاق؛ لأنه يتهم لحيازته المال، وأما شهادته لبعض ولده على أجنبي فلا تجوز بحال، وإن كان المشهود له عاقا، وأما شهادته عليه لأجنبي فتجوز إلا أن يكون عاقا له ومعاديا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يقر في مرضه فيقول لفلان علي ثلاثون دينارا، وثلاثون من بقية حساب بيني وبينه، ولم يسم في الأولى شيئا؟

قال: أرى له عليه ستين دينارا إذا قال له على ثلاثون دينارا وثلاثون دينارا من بقية حساب بيني وبينه، فله ستون يأخذها، سمعته يقولها، وهو رأيي.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه ولا احتمال؛ لأن الشيء لا يعطف على نفسه؛ إنما يعطف على غيره، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا والأقضية

قال أصبغ: سألت ابن وهب عن العبد تكون تحته الحرة، الحجر عليها في مالها إلا في الثلث، كما أيحجر الحر على امرأته إلا في ثلثها.

قال: وما للعبد ومالها؟

قلت: إنها زوجته، فالمولى يرثها، وليس له على مالها سبيل، ليس له أن يحجر عليها.

قيل له: أيتصدق بمالها؟

قال: نعم.

قلت له: لعله يعتق يوما ما؟

فقال: والله ما اجتمع الناس في الحر رأسا.

قلت: أوليس ذلك رأيك في الحر أنه يحجر على امرأته في مالها إلا في الثلث؟

قال: ذلك أحب إلي.

قلت: فالحر تحته الأمة يحجر عليها؟

قال: ما للحر وما للأمة؛ الأمة مالها لسيدها، ألا ترى أن الأمة لا تختلف من زوجها إلا بإذن سيدها.

قال أصبغ: ليس قوله في الحرة تحت العبد بشيء ذلك له، وهو زوج وهو حقّ من حقه، قال: وقال مالك في رواية أشهب، وابن نافع مثله، ورواية أبي زيد عن ابن القاسم مثل رواية أشهب، وابن نافع عن مالك.

قال محمد بن رشد: وقعت رواية أشهب هذه في أول سماع أشهب من كتاب النكاح كاملة، ورواية أبي زيد في سماعه من كتاب الصدقات والهبات، وذلك أظهر من قول ابن وهب؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال على ما روي عنه: " لا يجوز لامراة قضاء في ذي بال [1] من مالها بغير إذن زوجها "، فعم ولم يخص زوجا من غير زوج،

(١) أخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ١٨٨٤، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده =

ولا حرا من عبد، فوجب أن يحمل قوله على عمومه، لا سيما إذا كان لذلك وجه من النظر، وهو ما ذكره في سماع أشهب، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سألت أشهب عن الميت يثبت عليه الدين فيجد الوصي براءة منه بشاهد واحد، والورثة صغار؟

قال: يحلف الطالب أنه ما قبض، فإن حلف دفع إليه المال وعجل له، فإذا كبر الصغار حلفوا، فإن حلفوا استرجعوا المال.

قال أصبغ: هي جيدة حسنة، وكذلك لو كان الدين لهم عليه بشاهد واحد حلف، فإن حلف برئ إلى مبلغهم، وهذا قول مالك، وابن القاسم في هذا، فالآخر مثله.

قال الإمام القاضي: قوله: فإن حلف الطالب دفع إليه المال يدل على أنه لا يؤخذ منه فيوقف إذا حلف في المسألة الأخرى، وهو دليل قول أصبغ فيها، فإن حلف برئ إلى مبلغهم على ما قد ذكرناه في رسم البيوع من هذا السماع، وقد قيل: إنه يؤخذ منهم فيوقف حتى يكبر الصغار فيحلفوا مع شاهدهم، ومعنى ذلك: إذا خيف عليه العدم.

وقد مضى القول على هذه المسألة فيما تقدم من هذا السماع، ومن رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى من كتاب الشهادات فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

مسألة:

وسئلت عن رجل أوصى فقال لفلان: في هذا الكيس مال؟

فقال: أما أنا فأرى أن يعطى عشرين دينارا؛ لأن عشرين دينارا تجب فيه الزكاة، فهي مال.

قيل له: أرأيت إن كان فيه مائتا درهم، أترى أن يعطاها؟

قال: نعم بعد أن يحلف.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة، وجهها أن الله تبارك وتعالى إنما سمى مالا

=

حديث رقم: ٨٥١١، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٢، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٩٨٩٨، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٧٦٥، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ٥٣٢٢، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٠٢٠٩، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٦٠٩٦، وأخرجه معمر بن راشد الأزدي في الجامع حديث رقم: ٨١٦.

من الأموال ما تجب فيه الزكاة منها، وذلك أنه قال: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: آية ١٠٣] وعنى بذلك المقادير التي تجب فيها الزكاة بما بيانه على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم من قوله: " ليس فيما دون خمس أواق [1] من الورق زكاة ".

وليس في عشرين دينارا ناقصة بينة النقصان زكاة، فوجب إذا قال الموصي في وصيته: يعطى فلان من هذا الكيس مال أن يعطى منه أقل ما سماه الله مالا وهو عشرون

---

(١) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ١٣٢٣، وأخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ١٦٣٢، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ٥٦٨، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ١٣٣٦، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٢٤٤١، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ١٧٨٣، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ١٥٩٥، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ٥٧٢، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١١٠٣٦، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٤٩٢١، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٣٣٥٩، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ١٣٧٨، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٢٢٤١، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٣٣٧، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ١٦٧٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٢١٤٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢٠٤٤، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني حديث رقم: ٢٩٥، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ٤٢١، وأخرجه عبد الله بن وهب بن مسلم في موطأ عبد الله بن وهب حديث رقم: ١٦٧، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني حديث رقم: ٣٥١، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ٧٠٦٣، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٩٦٢٩، وأخرجه يعقوب بن إبراهيم في الخراج حديث رقم: ٦٤، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ١٨٣٦، وأخرجه القاسم بن سلام الهروي في الأموال حديث رقم: ٨٧٨، وأخرجه ابن زنجويه في الأموال حديث رقم: ١٥١٦، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ١٥٦٥، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع حديث رقم: ٥٢، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ١٩٧٢، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٢١، وأخرجه ابن حزم الظاهري في المحلى بالآثار حديث رقم: ١٠١٢، وأخرجه ابن عبد البر القرطبي في التمهيد حديث رقم: ٣٥٤٥، وأخرجه أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف حديث رقم: ٩٦٥، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني حديث رقم: ١٥١.

دينارا إن كان فيه ذهب، أو مائتا درهم إن كان فيه ورق، وإذا قال له: فيه مال أن يعطي عشرين دينارا إن كان فيه دنانير، أو مائتي درهم إن كان فيه دراهم، بعد يمينه على ما ادعى إذا ادعى أن له فيه عشرين دينارا أو أكثر، أو مائتي درهم أو أكثر باتفاق، إن كذبه الورثة وادعوا أن حقه فيه أقل من ذلك، أو على اختلاف إن قال الورثة: لا نعلم مقدار ما فيه ونحن نتفهمه فيما ادعاه، وكذلك إن ادعى أن له فيه أقل من عشرين دينارا أو أقل من مائتي درهم، فيكون له ما ادعى من ذلك بعد يمينه على ما ادعاه باتفاق، إن كذبه الورثة، أو على اختلاف إن لم يكذبوه واتهموه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا الصغير

قال أصبغ: قيل لابن القاسم: فإن أوصى فقال: كان بيني وبين فلان معاملة، فما ادعى من شيء أعطاه، وهو فيه مصدق؟

فقال: إن ادعى ما يشبه معاملة مثله لمثله أعطيه، وأحسبه رواها عن مالك.

قال ابن القاسم: ويكون ذلك من رأس المال، قال: وليس كل الناس في قلتها وكثرتها سواء،

قال: وإن ادعى ما لا يشبه بطل ذلك فلم يكن في رأس مال ولا ثلثي.

قال أصبغ: وإنما يبطل عند ذلك الزيادة على ما يشبه، ولا يبطل عنه كل شيء يعطى ما يشبه مما لا يتبين فيه كذبه، ويحمل محمل الشهادة له وعليه.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها إلا في اليمين، فإنه سكت عنها، وقد اختلف في وجوبها حسبما مضى القول فيه في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم، ورسم أسلم من سماع عيسى، فلا معنى لإعادته.

وقول أصبغ مفسر لقول ابن القاسم لا خلاف له، ولو قال: أعطوه ما ادعى واحسبوه من ثلثي لكان له ما ادعى وإن لم يشبه ما لم يتجاوز الثلث، وبالله التوفيق اللهم لطفك يا مولاي.

ومن كتاب الكراء والأقضية

وسمعته يقول في الذي يبيع أرضا أو دارا لولده في حجره، والأب مليء أو مفلس أو سفيه أو لا بأس بحاله؟

قال: إن كان الأب ليس بسفيه ولا مولى عليه جاز بيعه، ولم يكن للابن أن يرده إن كبر إذا كان نظرا له، ويتبع أباه بثمن ما باع من ماله، ويكون لأبيه أن يحاسبه بما أنفق

عليه إن شاء عند ذلك من يوم باع، وإن كان الأب سفيها مثله يوحى عليه لم يجز عليه بيعه وإن لم يكن عليه ولي، لأنه لو باع لنفسه لم يجز له بيع؛ لأن كل من كان مثله يولى عليه في سفهه إذا مات أبوه أو وصيه، كان بمنزلة المولى عليه، لأن جل الناس يهلكون في الأسفار ويموت الرجل فجأة، ولعل ذلك لا يرفع إلى قاض فيستخلف عليه نظرا له، فيبايع مثل هذا فيذهب بماله، فهذا عظيم فيمن كان في مثل هذا الحد ممن قد ولي عليه إن لم يول عليه بمنزلة واحدة، وليس من مات فجأة أو مات بأرض غربة، أو غفل عن وصية يكون ولده أدنى حرمة ممن أوصي بهم، وهذا عظيم، وهو الذي سمعت من غيري وهو رأي، والحق بين نير.

قال الإمام القاضي: الظاهر من قول ابن القاسم في هذه الرواية إن كان الأب ليس بسفيه ولا مولى عليه جاز بيعه، أنه إن كان مولى عليه، لم يجز بيعه ولا فعله وإن علم رشده، خلاف ما تقدم من قوله في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى من أن أفعال المولى عليه جائزة إذا علم رشده، فلم يعتبر في رواية عيسى بالولاية ولا بعدمها، واعتبر حاله في حين قضائه، واعتبر في هذه الرواية بالولاية ولم يعتبر بعدمها، وهي رواية يونان عنه، أن من لزمته ولاية وصي من أب أو سلطان لا يحلها عنه إلا السلطان، والمشهور من قول مالك: أنه يعتبر بالولاية وبعدمها، فلا تجوز أفعال المولى عليه وإن علم رشده، وتجوز أفعال الذي ليس بمولى عليه وإن علم سفهه، فقف على تحصيل هذه الثلاثة الأقوال؛ فإنها جيدة دقيقة خفية قل من يعرفها ويحصلها.

وقوله: ولم يكن للابن أن يرده إن كبر إذا كان نظرا له يدل على أن الأب في بيع عقار ابنه بخلاف الوصي في بيعه عقار يتيمه؛ إذ لا يجوز للوصي أن يبيع عقار يتيمه إلا لوجوه معلومة قد حصرها أهل العلم بالعد لها.

واختلف الشيوخ المتأخرون هل يصدق الوصي فيها أم لا؟

فقيل: إنه يصدق فيها ولا يلزمه إقامة البينة عليها، وقيل: إنه لا يصدق فيها ويلزمه إقامة البينة عليها، وأما الأب فيجوز بيعه عقار ابنه الذي في حجره إذا كان بيعه على وجه النظر، من غير أن يحصر وجوه النظر في ذلك بعدد، وفعله في ذلك على النظر حتى يثبت خلافه، مَليًّا كان أو مفلسا على ما نص عليه في الرواية، وقوله: ويكون لأبيه أن يحاسبه فما أنفق عليه إن شاء عند ذلك من يوم باع يدل على أنه لا يكون له عنده أن يحاسبه بما أنفق عليه قبل أن يبيع، ومعناه: إذا لم يكتب النفقة، وذلك خلاف لما في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب طلاق السنة، وأما النفقة فلا اختلاف أن له أن

يحاسبه بها، وقد مضى في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى تحصيل الخلاف في أفعال السفيه الذي ليس في ولاية، وبذلك تتم المسألة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يقول وسئل عن رجلين لهما على رجل حقّ فوكلا عليه وكيلا فقام فقال: إنما اقتضيت حقّ فلان، وقال الغريم: بل دفعت لك حقًّا فلان الآخر، والغريم معدم؟

فقال: إن كان حقهما واحدا مجتمعا فهو بينهما، وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: أما إذا كان حقهما مجتمعا فلا إشكال في أن ما اقتضى الوكيل بينهما وإن اتفقا على أنه إنما اقتضى حقّ أحدهما فكيف إذا اختلفا في ذلك؛ لأن الدين إذا كان بين الشريكين فاقتضى أحدهما منه شيئا كان لصاحبه الدخول معه فيه، ولا خلاف في هذا أحفظه إذا كان ذلك الذين اشتركا فيه بطونهما لم يصر لهما من ميراث ولا جناية؛ لأن سحنون يفرق بين الوجهين فيقول: إنما يكون لصاحبه الدخول معه فيما اقتضى إذا كان ذلك الدين اشتركا فيه بطونهما إلا ما وقع في كتاب السلم الثاني من المدونة في أن الرجلين إذا أسلما إلى رجل في طعام أو عروض فأقاله أحدهما من نصيبه دون صاحبه أنه ذلك جائز وإن لم يرض صاحبه، فقيل: إن ذلك اختلاف من القول، وقيل: إن ذلك ليس باختلاف من القول، وإنه إنما لم ير مالك لشريكه الداخول على شريكه فيما أخذ من غريمهما؛ لأنه من دخل عليه في ذلك كان كل واحد منهما قد أقاله من بعض حقه فيصير بيعا وسلفا وبيع الطعام قبل أن يستوفى، فلما لم يجز لم ير مالك الداخول على شريكه فيما أقاله فيه، وفي قوله في المسألة من كان حقهما واحدا مجتمعا فهو بينهما دليل على أنه إذا لم يكن واحدا مجتمعا فلا يكون بينهما، وإذا لم يكن بينهما فالقول قول الوكيل، وهو قول أصبغ، وحكى ذلك ابن لبابة في منتخبه عن ابن القاسم، وروى عيسى عنه في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات أن ذلك بينهما وإن اختلفا، فقال الغريم: قضيت حقّ فلان، وقال الوكيل: بل قبضت منك حقّ فلان، وكذلك على هذه الرواية لو اتفقا على أنه إنما اقتضى حقّ أحدهما، ووجه هذا القول: أن الوكيل لا يصدق إذا كان الغريم عديما مفلسا على أنه إنما طلب حقّ أحدهما إذا لم يكن له على ذلك بينة؛ لأنه يتهم على محاباته والجر إليه، كما يتهم الغريم على ذلك، والأظهر أن القول قوله ولا يتهم في ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجل غاب عن أهله ثم بعث إليهم بمائة دينار نفقة وعليه دين فطلب الغرماء حقوقهم منها، فقال الرسول: قد أوصلتها إلى عياله، هل يعدى الغرماء على عياله أو على الرسول أو يقبل قول الرسول قد دفعت؟

فقال: أرى أن يحلف الرسول على الدفع ويقبل قولته، ويعدى الغرماء على أهل الرجل فينتزع منهم إن كان أقاموا عليهم بحضرة ذلك؛ يريد: إن أقروا، وإن كانوا إنما أقاموا بعدما يرى أنهم قد أكلوها واستنفقوها لبعد ذلك وطوله فلا شيء عليهم، وهو بمنزلة ما ينفق الرجل على عياله وعليه دين، وقاله أصبغ كله، وإن ادعى العيال أنهم قضوا منه دينا كانوا أدانوه، وفي كراء منزل حين قام الغرماء يحدثان ذلك في الحين الذي يجوز لهم القيام، لم يصدقوا إلا أن يأتوا من ذلك ببرهان أو لطخ أو سبب.

قال الإمام القاضي: قوله: أرى أن يحلف الرسول على الدفع ويقبل قوله ويعدى الغرماء على أهل الرجل إن أقروا خلاف المشهور من قول ابن القاسم المعلوم من مذهبه، وروايته عن مالك في أن من دفع ممالا إلى رجل وأمره أن يدفعه إلى غيره أن عليه ما على، وفي مال اليتيم من الأشهاد بقوله عزْ وجل: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾[النساء: آية ٦]، وأنه لا يبرأ من المال ولا يصدق بدفعه إلى المأمور إذا أنكر المأمور القبض، مثل قول ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة مع رجل إلى رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها إليه، وهو مصدق وإن أنكر القابض كانت دينا أو صلة، ويمكن أن يقول ابن القاسم مثله في المعنى من مسألة اللؤلؤ الواقعة في كتاب الوكالات من المدونة؛ لأنها تقتضي تعمير ذمة الأمر بقول المخمور قد فعلت ما أمرتني به، وإذا وجب أن يعمرها بقوله: قد فعلت ما أمرتني به من الشراء وجب أن تخلى ذمة نفسه بقوله قد فعلت ما أمرتني به من الدفع، وإذا وجب أن تخلى ذمته بقوله فإخلاء أمانته بقوله أوجب، ومن رواية عيسى عنه في كتاب الخيار في الذي يشتري الثوب من الثوبين على أن أحدهما قد وجب عليه يختاره فيضيع أحدهما فيدعي أنه قد كان اختار هذا الباقي ورضيه أنه يصدق في ذلك، وقد رأيت للقاضي ابن حرب في هذه المسألة أنه قال: إنما صدق الرسول على الدفع لأنه إنما وكله على دفع نفقتهم على ما كان يدفعها هو، وليس من شأن الأزواج والآباء أن يدفعوا النفقات بالبينات إلا أن تكون الزوجة قد رفعت أمرها إلى الأمام فاستعدته على الزوج. فإن لم يعلم الرسول بذلك ودفع بدون بينة فأنكرت الزوجة حلف وبراء أيضاً، وكرم الزوج للمرأة نفقتها بعد

يمينها، ولم يكن له الرجوع على الرسول، وإن كان الرسول قد علم برفع المرأة أمرها إلى الحاكم ودفع دون بينة فأنكرت المرأة ضمن للزوج لأنه حينئذ متعذر بتفريطه، قال غيره من الشيوخ على قياس قوله، ولو ادعى على الرسول أنه علم برفعها إلى الأمام، وأنكر ذلك حلف الرسول ما علم بذلك ثم يحلف على الدفع ويبرأ، وذلك كله لا يصح؛ لأن الزوج إنما يصدق في دفع النفقة إلى امرأته إذا ادعى بعد مضي المدة أنه كان ينفق عليها، وأنه كان يدفع إليها نفقتها أو ما تنفق منه شيئا بعد شيء أو جملة واحدة، وأما إن ادعى أنه دفع إليها مائة دينار لتنفق منهما على نفسها فيما يستقبل أو في سنة قد كانت أنفقت على نفسها من مالها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا يصدق بإجماع، فحكم الرسول في المائة دينار التي بعثها الزوج معه إلى امرأته لتنفقها حكمه في ألا يصدق في دفعها إليها إذا أنكرت إلا على ما وصفناه من مذهب ابن الماجشون، وما يتخرج على قول ابن القاسم في المسائل التي ذكرناها، فإنه يصدق على الدفع ويبرأ، أو تصدق هي فيما زعمته من أنها لم تقبض وتأخذ نفقتها من الزوج، ولا يعدى عليه الغرماء بشيء، ولو كان القول قول الزوج في دفع المائة إليها لنفقتها، وكان الرسول قد حل محله في ذلك على ما زعم ابن حرب لوجب أن يكون للغرماء أن يأخذوا المائة منها إن أنكرت إذا حلف الرسول على الدفع، وإلى هذا ذهب وقد خالفه أصبغ بقوله؛ يريد: إن أقروا، فقول ابن زرب خطأ صراح لا خفاء به، ولا وجه للمسألة سوى ما ذكرنا، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته وسئل عن الرجل يأتي بذكر حقّ فيه شهود على رجل بمائة دينار، ويأتي المطلوب ببراءة بمائة دينار دفعها إليه لا يدري شهودها أكانت قبل ذلك الذكر حقّ أو بعده، ليس فيها تاريخ؟

قال: يحلف ويبرأ؛ يعني: صاحب البراءة.

قال أصبغ: يعني: يحلف أنها قضاء لذلك الحقّ ويبرأ، وقاله أصبغ، وهذا هو القضاء وصوابه ولا يجعل له مالين، كما لو كان للحق تاريخ والبراءة بعده بمال دفعه، وادعى صاحب الحقّ أنه غيره لم يقبل قوله، وحلف الآخر أنه هو بريء.

وسئل عن رجل أتى بذكر حقّ على رجل فيه ألف دينار، فأتى المشهود عليه ببراءة بألفي دينار، فزعم أن تلك الألف قد دخلت في هذا عند المحاسبة والقضاء، أو أتى ببراءات مفترقة إذا جمعت استوت مع الذكر الحقّ أو المذكورات الحقوق أو كانت

أكثر أو أقل، وليس شيء من ذلك منسوب ليس فيه شيء يشبه أن يكون من المذكورات الحقوق ولا غير ذلك، ويقول في الأكثر قد دخل فيه على الحساب والقضاء مع غيره، فرأى ذلك كله سواء، وأنه له براءة يحلف في ذلك إذا ادعى الآخر غير ذلك، وقاله لي قولا لفظا ثابتا، ويتم له بقية المذكورات الحقّ إذا كانت البراءات أقل من ذلك، قال: وهو أحب إلي، وهو الذي أرى وأستحسن.

قال أصبغ: ورددتها عليه مرة بعد مرة فثبت على ذلك، وقاله أصبغ كله، فهذا كله باب واحد، وهو كالطلاق وللطلاق تفسير.

قال محمد بن رشد: مساواته في هذه الرواية بين أن تكون البراءة الواحدة أو البراءات أقل من ذكر الحقّ أو أكثر في أنها براءة للمطلوب، هو المشهور في المذهب الأظهر من الأقوال، وقد قيل: إنها لا تكون براءة له، وهو قول ابن نافع في سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح، وذلك إذا كانت بينهما مخالطة، وأما إذا لم تكن بينهما مخالطة فلا اختلاف في أنها تكون له براءة، وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات، وتفرقة سحنون في نوازله من هذا الكتاب قول ثالث في المسألة ضعيف لا وجه له، وقد مضى هنالك بيان القول في ذلك، ومعنى قوله وهو كالطلاق وللطلاق تفسير، هو: أن يطلق الرجل امرأته فيدعي بعد انقضاء عدتها أنه قد كان راجعها قبل أن تنقضي عدتها، ويأتي برجعة مكتوبة قبل ذلك بمدة لا يعلم إن كانت قبل الطلاق أو بعده، فيقول: هي بعد الطلاق، وتقول المرأة: هي قبله من طلاق آخر، فيدخل في ذلك من الاختلاف ما يدخل في البراءة التي لا يعلم إن كانت متأخرة عن ذكر الحقّ أو متقدمة عليه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: وسألت عن الرجل يتزوج بصداق مائة فينقدها خمسين ثم يطلقها قبل الدخول ويقوم عليه غرماؤه؟

قال: يقسم ما أخذت على النصفين؛ النصف الذي لها، والنصف الآخر؛ لأنها إنما أخذتها على الجميع، فيسترجع منها نصف ما كانت أخذت يأخذه الغرماء منها وتحاصهم المرأة فيها بتمام نصف صداقها، بمنزلة الرجل يبيع السلعتين أو العبدين بمائة دينار فيقتضي الخمسين ثم تستحق إحدى السلعتين أو العبدين، ويفوت الآخر في يد المشتري ثم يفلس، فيفض ما كان أخذ على قيمتهما، فما أصاب المستحق من ذلك أخذه الغرماء، ولأنه إنما اقتضى ما اقتضى عنهما جميعا، ثم رجع البائع فحاصهم فيه

ببقية ثمن الفائت، وفي جميع مال المفلس، وقاله أصبغ، وهو بمنزلة السلعتين يبيعهما بمائة أو الرأسين فيقتضي خمسين وتفوت واحدة أخرى فيكون أحقّ بها، فإن أخذها كانت الخمسون التي اقتضى عنها عليهما جميعا، فرد لهذه التي أخذ خمسة وعشرين فكانت مالا من مال المفلس، ودخل فيها وفي غيرها من ماله مع غرمائه بما بقي من ثمن السلعة الفائتة وهو خمسة وعشرون، وهذا قول مالك وأصحابه، وأصح أقاويله وأقاويلهم فيها، وكذلك مسألة المرأة، وتفسيرها في المرأة أن الخمسين التي أخذت نصفها للنصف الذي يكون لها بالطلاق والنصف للذي يسقط عنه به لأنه له، ولا يكون عليه لأنها قد قبضتها على البضع كله حين قبضتها حتى يتمه، فلم يتم البضع، فعليها ردّ حصة ما لم يتم تتبع به؛ فالخمسون تقسم نصفين؛ نصفها لها على نصف صداقها ويتبقى لها نصفها، وهو ربع الصداق وهو خمسة وعشرون، فترد الباقي وهو خمسة وعشرون، ثم تضرب به مع الغرماء دينا في مال الزوج كله كشيء لم يقبض، فكأنها إنما قبضت خمسة وعشرين ثم طلق قبل التفليس، فكانت لها في نصف صداقها، وتتبعه بما بقي، وهي حسنة كلها، وهو قول مالك في الرأسين، وهي من غير المسائل.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يتزوج المرأة بصداق مائة فينقدها خمسين ثم يطلقها قبل الدخول ويقوم عليه غرماؤه: إن ما أخذت يقسم على النصفين، يريد: النصف الذي يجب لها بالطلاق، والنصف الآخر الذي لا يجب لها إلا بالموت أو الدخول، فيسترجع منه نصفه؛ لأنها قبضته عما لم يجب لها إذا طلقها قبل أن يدخل بها، كان الذي قبضته النصف أو أقل أو أكثر؛ إنها ترد أبدا نصف ما قبضت إلى الغرماء، ثم تحاضهم فيه، وفي جميع مال الزوج المفلس بما يبقى لها من نصف صداقها، ومعنى ذلك عندي: إذا قام عليه الغرماء قبل أن يطلقها فطلقها، وأما إن طلقها قبل أن يقوم عليه الغرماء فيتخرج ذلك على قولين: أحدهما: أنها ترد نصف ما قبضت أيضاً إلا أن يكون الزوج قد سلم لها جميعه قبل أن يقوم عليه الغرماء، وهو الظاهر من هذه الرواية؛ إذ لم يفرق فيها بين أن يكون الطلاق قبل قيام الغرماء عليه أو بعد ذلك، وهو الذي ينقاد أيضاً على أصل ابن القاسم.

والثاني: أنها لا ترد إلا ما زاد على النصف الذي يجب لها بالطلاق إن كانت قبضت أكثر من النصف؛ لأن ما قبضت قد صار في يدها وحازته كالرهن فوجب أن تكون أحقّ به، وهو الذي ينقاد على أصل أشهب في أن من صار بيده شيء من مال غريمه فهو أحقّ به من الغرماء كالرهن، وإن لم يرهن إياه، وهذا كله على القول بأن المرأة لا

يجب لها بالعقد إلا نصف الصداق، وأنها إن قبضت جميعه فالغلة بينهما والضمان عليهما، وأما على القول بأن الغلة لها والضمان منها فلا إشكال في أنها لا ترد إذا طلقت وقام على الزوج الغرماء إلا ما زاد على النصف الواجب لها بالطلاق، وقد اختلف إذا فلس الزوج قبل الدخول فحاصرت المرأة الغرماء بجميع صداقها ثم طلقها، فقيل: إنها ترد نصف ما صار لها في المحاصة؛ لأنها حاصت بجميع صداقها، وإنما كان لها أن تحاص بنصفه، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه في المدنية، فقف على افتراق هذه الوجوه الثلاثة إذا طلق قبل أن يقوم الغرماء عليه، أو إذا طلق قبل أن قام الغرماء عليه وقبل المحاص، وإذا طلق بعد أن قام الغرماء عليه وبعد المحاص، وأما مسألة الذي يبيع السلعتين بمائة دينار فيقتضي خمسين ثم تستحق إحدى السلعتين وتفوت الأخرى في يد المشتري ويفلس المشتري، فإن فلس قبل استحقاق السلعة قاض ما كان أخذ على قيمتها قولا واحدا، وإن فلس بعد استحقاق السلعة فعل ما ذكرناه مما يتخرج في ذلك من الاختلاف إذا فلس الزوج بعد الطلاق، وقول أصبغ في المسألة التي ساقها عليها وشبهها بها، وهذا قول مالك وأصحابه وأصح أقاويله وأقاويلهم كلام فيه نظر؛ لأن قوله، وهذا قول مالك وأصحابه يقتضي أنهم اتفقوا عليه، وقوله وأصح أقاويله وأقاويلهم يقتضي أن أقاويلهم اختلفت في ذلك، فمعنى الكلام: وهذا مشهور قول مالك وأصحابه وأصح أقاويله وأقاويلهم؛ لأن الاختلاف في ذلك معلوم من قوله وقول أصحابه، وقد ذكرنا ذلك في رسم قطع الشجر من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع والعيوب

قال أصبغ: وسئل عن رجل يسأل رجلا دينارين، فأتاه بدينار فأبى الطالب أخذه إلا جميعا، أيجبر على ذلك؟

فقال: إن كان الذي عليه الحقّ موسرا لم يجبر الطالب على أخذ الدينار وأجبر الغريم على دفع الدينارين جميعا إليه، وإن كان معسرا أجبر الطالب على أخذ الدينار وانظر المطلوب بما بقي، وقاله أصبغ والحق حقه، وروى أبو زيد عن ابن القاسم في الرجل يكون له على الرجل حق، وقد حلت فيأتيه ببعض حقه فيقول: لا أقبله منك إلا جملة، أله ذلك أم يجبر على قبض ما جاءه به؟

قال: أرى أن يجبر على قبض ما جاءه به.

قال القاضي: أما إذا كان الغريم معسرا فلا اختلاف ولا إشكال في أنه يجبر الذي له

الحقّ على قبض ما جاءه به وينظره ببقية حقه، لقوله عزْ وجل: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: آية ٢٨٠]؛ وأما إن كان موسرا ففي ذلك قولان: أحدهما: أنه يجبر على قبض ما جاءه به، وهو قول ابن القاسم في رواية أبي زيد هذه، وقول مالك في كتاب ابن المواز.

والثاني: أنه لا يجبر على قبض ما جاءه به ويجبر الغريم على دفع جميع حقه إليه، وهو قول أشهب هاهنا، وفي كتاب العدة، وقول ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وكذلك لو كان له عليه دينار مجموع فأتاه بنصف دينار وهو موسر أو معسر، وأما لو كان له عليه دينار دراهم لم يلزمه أن يأخذه منه إلا أن يشاء موسرا كان أو معسرا، وهذا إذا بايعه بالدينار صفقة واحدة، وقد مضى بيان هذا في رسم تأخير العشاء في الحرس من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

من مسائل نوازل سئل عنها أصبغ

قال أصبغ في رجل له أمة ولها ولد صغير فدبر ولدها الصغير ثم أدان ولا مال له غير الأمة وولدها، فقام عليه الغرماء بدينهم فأرادوا بيع الأمة؟

قال: لا أرى للسلطان أن يبيعها لهم، وذلك أن بيعها تفرقة بينها وبين ولدها، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا توله والدة على ولدها [1] "؛ ولا يجوز للسلطان أن يبيعها لهؤلاء الغرماء، وأرى أن تحبس على ولدها موقوفة حتى يبلغ التفرقة، فإذا بلغ بيعت في دين سيدها، وإنما رأيت حسبها على ولدها لأن ولدها لما امتنع فيه البيع للذي سبق فيه من التدبير ولم يجز في السنة التفرقة بينها وبين ولدها صارت كالمدبرة مع ولدها، فهي موقوفة عليه تخرج لهم فيتقاضون من خراجها دينهم إلى أن يبلغ ولدها التفرقة كما لو كانت مدبرة، فإن تقاضوا من خراجها دينهم قبل أن يبلغوا التفرقة فذلك، وإن بلغوا التفرقة وبقي من دينهم بيعت أو بيع منها وفاء دينهم، أو يموت السيد قبل ذلك فينظر، فإن كان في الأمة وفاء بالدين بيعت وعتق ثلث المدبر

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٢٠٩، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٤٢٩٢، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١١٧٩٩، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٦٢٨٠، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٧٧٠٩، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٤٤٢٨، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٥١٧٥، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٨٥٣٥.

لأنه ثلث ما بقي من ماله، وإن كان في بعضها وفاء لدينه نظر إلى ثلث ما بقي بعد قضاء الدين فيعتق مبلغ ذلك من قيمة الصبي المدبر، قال: وإن كانت هي المدبرة ولا تدبير في ولدها فالجواب فيها سواء تخارج لهم إلى موت سيدها أو يبلغ ولدها التفرقة فيباع لهم في دينهم، فإن كان فيه وفاء وإلا فما بقي من الدين اقتضته من خراجها إلى أن يموت سيدها فيباع منها بقدر الدين ويعتق منها ثلث ما بقي.

قال أصبغ: ولو أن نصرانيا له أمة نصرانية ولها ولد صغير فدبر السيد ولدها الصغير، ثم إنها أسلمت لم يجز للسلطان أن يبيعها عليه من المسلمين؛ لأن بيعها تفرقة، ولكن يخارجها عليه وتخرج من خدمته كما كان يفعل بها لو كانت هي المدبرة إلى أن يبلغ ولده، التفرقة ثم تباع من المسلمين، إلا إن رجع النصراني في تدبير الصبي فيباع مع أمه من المسلمين ولا يعرض له في رجوعه عن تدبيره.

قال محمد بن رشد: هاتان المسألتان صحيحتان لا وجه للقول فيهما؛ إذ لا إشكال في شيء من معانيهما، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يكون له على الرجل مائة دينار فيأتيه رجل يزعم أنه رسول صاحب المائة إليه أرسله فيقول للذي عليه الدين: هات خمسين وأنا أحط عنك خمسين، فإن أبى صاحبها الذي أرسلني أن يحطها فهي علي في مالي أنا لها ضامن، أو يزعم أنه وكله على قبض خمسين وقد وضع عنك خمسين فلا يصدقه الغريم فيقول الرسول: هات الخمسين وأنا ضامن للخمسين التي أحط عنك إن أنكرها، هل تلزم الرسول الخمسين في الوجهين جميعا إن أنكر صاحب المائة على مثل هذا الشرط؟ أم تراها لازمة له إذا زعم أن الغريم حطها ولا تلزمه إذا حطها هو وضمنها، وعلى ذلك قبض الخمسين؟

قال أصبغ: أراهما جميعا سواء إذا كان يقبض على هذا الشرط أن ذلك عليه كله، فأرى أن ينظر في قبضه فإن كان إنما يقتضي لغائب بعيد الغيبة أو بوجه يطول عليه مكثها عنده إلى ذلك لينتفع بها انتفاعا أو يتقاضى ويقضي فيها ما شاء، فلا أراه جائزا وأراه ضامنا للانتفاع وزيادتها له، وإن كان صاحبها قريبا ومفاصلته إياه قريبا، وإنما هو كالرسول يأخذ ويذهب به فيعرف ذلك فيرضى أو لا يرضى فيضمن وليس لقبضه إياه عنده مكث كمكث الودائع والبضائع المطول أمرها، فأراه جائزا وأراه لازما، وليس في هذه جريرة زيادة لا ضمان زيادة ولا تهمة فهو عند هذا معروف له.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله: أن الضمان لازم له في الوجهين جميعا في حياته وبعد وفاته؛ لأن ذلك يشبه المبايعة؛ إذ لم يرض الذي عليه الذين أن يدفع إليه الخمسين إلا على أن يضمن له حط الخمسين الأخرى عنه، فإذا كان التزم له ضمانها لانتفاعه بالخمسين التي قبض لطول كونها في يده جرح فيما بينه وبين خالقه ولم يسقط ذلك عنه ما لزمه من الضمان، ولو كان حطها عنه والتزم له ضمانها في مكان يلزمه دفع الخمسين إليه للزمه ذلك في حياته، وسقطت عنه بعد وفاته، لأنه معروف على غير عوض، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل أصبغ عن البكر تحتاج فتبيع بعض عروضها وتنفق ذلك على نفسها وتصنع في ذلك البيع والإنفاق على نفسها ما كان يصنعه السلطان، أو تبيع ذلك عليها أمها أو واحد ينظر لها من أقاربها وهو غير وصي، ولو أرادت أو أراد من باع ذلك لها رفع ذلك إلى السلطان لم يقدر على ذلك وخاف فيما بين ذلك ضيعة عليها، وكيف إن كانت قادرة على أن ترفع ذلك إلى السلطان أو يرفع ذلك الذي نظر لها فيه فتركت إلا أنها نظرت في ذلك أو نظر لها الناظر بالذي كان ينظر به السلطان من حسن البيع واستقصاء الثمن وبيع ما لم يكن لها بد من أن يباع لها لحسن النظر في الإنفاق، هل يرد مثل هذا السلطان إذا ثبت عنده على هذه الصفة، وهذا الذي اجتهد كان يأمر به لها؟

قال أصبغ: أما بلوغ المعذرة من السلطان وغير المعذرة فسواء، ليس هذا ينقص ولا يزيد ولا يقدم ولا يؤخر، والقول فيها: أنا نرى إن كان الذي باعت أو بيع لها الشيء الذي له بال وقدر مثل العقار الصالح والأمر الكبير من غيره، فهو مردود على كل حال أصله لا يجوز ولا يجاز، وهو بيع سفيه وسفه ومال يتيم لم يبلغ مما لا يباع عليه إلا بالوالي الناظر أو السلطان الناظر بعد النظر والحاجة والاستقصاء، فهو مردودا، وأصله لا يجوز، فإذا ردّ نظر فإن كان الثمن حول في نفقة لا بد منها ولها بيع وأمر لتمحيص عنه ولاغناء ولا يرجع إلى شيء غيره لها بوجه من الوجوه مهما كان لو باعه وصى أو سلطان كان كذلك يبيع، ومما لو رفع إلى القاضي لباع به للحاجة، ومما لا بد منه، فأرى حينئذ أن يحسب للمشتري ذلك الذي أكلت أو أنفقت أو أنفق عليها منه في الحد الذي لو كان بيع بصحة أنفق منه وأقيم له، ولا يبطل كله فيكون ظلما، ويكون قد كان غنى لأهله، وإنما الذي يبطل من بيع السفيه ما لا مخرج له منه إذا قبضه حتى يصنع به ما شاء ويبذره ويعمل فيه بشهواته، فهو الذي يكون هدرا كله عنه، فأما ما

وصفت لك فلا أرى ذلك وأراه بمنزلة ما لو أدرك في يد السفيه بعد قبضه وقبل تلفه فهو كان يرد إلى المشتري ويفسخ البيع، فكذلك ما دخل في موضعه وجرى فيه وأراه محسوبا له، غير أن أصل بيع العقار يفسخ وسيرد، وإن كان الذي باع أو بيع بما وصفت خفيفا لا قدر له مثل الدويرة الصغيرة والغلبة والبيت الخرب والأمر اليسير جدا الخفيف باله فبيع لنفقته ومصلحته كما وصفت لك ودخل مدخل ذلك فهو نافذ، وبيع من باع مثل هذا نظر جائز إذا كان موضعه وحقه، ولا يرد أصله إذا كان جعل في نفقة اليتيم ومصلحته وانتفع به في حينه ولم يكن له شيء غيره ونحوه، وقد سألته أنا عنها أوما يشبههما إن شاء الله تعالى.

قال محمد بن رشد: فرق أصبغ فيما باعته البكر على نفسها فيما لا بد لها منه من نفقتها أو باعه عليها حاضرها لذلك بوجه السداد الذي لو رفع الأمر فيه إلى الإمام لفعله بين أن يكون ذلك الشيء الخفيف الذي لا قدر له مثل الدويرة الصغيرة والغلبة والبيت الخرب وما أشبه ذلك، وبين أن يكون الشيء الذي له بال مثل العقار الصالح والأمر الكبير، فقال في الشيء الخفيف والأمر اليسير من ذلك: إنه يجوز ولا يرد، ومعنى ذلك: إذا علمت الحاجة إلى البيع، وأما إن لم تعلم الحاجة فالبيع مردود، وذلك بين من قوله ولا يرد أصله إذا كان جعل في نفقة اليتيم ومصلحته، وانتفع به في حينه ولم يكن له شيء غيره، وقال في الشيء الذي له بال وقدر مثل العقار الصالح والأمر الكبير: إنه البيع يرد ولا يجوز على كل حال؛ غير أنه إن كان الثمن حول في نفقة اليتيم ما لا بد له منه ولا محيص له عنه لم يبطل عنه وأخذ المشتري من ماله، وفي ذلك من قوله نظر؛ كيف يرد السلطان بيع ما كان بيعه سدادا وما لو رفع إليه لفعله؟ ووجه ذلك هو: أنه قد يحدث من الأحوال ما يكون ردا البيع به يوم يرد هو الحظ لليتيم بخلاف ما كان الأمر يوم وقع البيع به، وفي هذا اختلاف؛ قد قيل: إن السلطان لا يرد البيع إذا كان سدادا يوم وقع، وقد مضى بيان هذا في رسم الصبرة من سماع يحيى من كتاب التخيير والتمليك.

وقول أصبغ: إن اليتيم لا يبطل عنه ثمن ما باع من ماله أو باعه عليه من لا يجوز بيعه عليه إذا أنفقه في مصلحته وما لا بد له منه، خلاف ما روي عن ابن القاسم في المدنية، والمبسوطة من أنه لا يتبع به على حال من الحال، أنفقه في فساد أو غير ذلك، مثل قول ابن كنانة فيهما، قال: ولو أنه المولى عليه باع سلعة أو ابتاعها من أحد بدين أو أخذ مالا منه أحد سلفا فاستهلكه إنه ذلك المال يبطل عنه ولا يتبع به مَليًّا كان أو

معدما، إلا أن يكون استنفد ذلك في شيء وقى به النفقة عن ماله، مثل أن يكون اكتسى أو ابتاع به طعاما أو نحو ذلك مما لو لم يكن ابتاعه هو من ذلك المال ابتاع له ذلك من ماله، فأرى أن يكون ذلك في ماله إن كان له مال، وما أنفق منه من قليل أو كثير في فساد فإنه يبطل ولا يتبع به، وهو اختيار عيسى بن دينار، قال: قول ابن كنانة هو الحقّ الذي لا ينبغي أن يكون غير ذلك إن شاء الله.

فيتحصل فيما باع اليتيم دون إذن وصيه أو الصغير من عقاره أو أصوله بوجه من السداد في نفقته التي لا بد له منها إذا كان لا شيء له غير الذي باع أو كان ذلك أحقّ ما باعه من أصوله ثلاثة أقوال: أحدها: أن البيع يرد على كل حال ولا يتبع بشيء من الثمن، وهو قول ابن القاسم، وهو أضعف الأقوال.

والثاني: أن البيع يرد إن رأى ذلك الوصي، ولا يبطل الثمن عن اليتيم ويؤخذ من ماله، وهو قول أصبغ.

والثالث: أن البيع يمضي ولا يرد إلا أن يكون باع بأقل من القيمة أو باع ما غير ذلك أحقّ بالبيع في نفقته فلا اختلاف في أن البيع يرد وإن لم يبطل الثمن على اليتيم لإنفاقه إياه فيما لا بد له منه، وأما ما باع اليتيم من ماله وأنفق ثمنه في شهواته التي يستغني عنها فلا اختلاف في أنه يرد ولا يتبع بشيء من الثمن كان الذي باع من ماله يسيرا أو كثيرا أصلا أو عرضا، وهو محمول فيما باع وقبض من الثمن أنه أنفقه فيما له منه بل حتى يثبت أنه أنفقه فيما ليس له منه بد، وقد قيل: إن بيع الحاضن على محضونه في نفقته ماله قدم وبال جائز، ذكر ذلك ابن الهندي في وثائقه، وهو الذي يأتي على مذهب من أنزله منزلة الوصي بالحضانة، وهو دليل ما في كتاب القسمة من المدونة ورواية ابن غانم عن مالك أن كل من ولي يتيما قريبا كان أو بعيدا فهو يحوز ما وهب له، وقال ذلك ابن وهب في الأمهات والأجداد والجدات دون سائر القرابات، وقاله ابن كنانة في الأخ أيضاً، فيتحصل في ذلك أربعة أقوال:

أحدها: أن الحاضن لا يكون كالوصي بحال.

والثاني: أنه يكون كالوصي على كل حال.

والثالث: أنه يكون كالوصي إذا كان أبا أو من الأجداد أو الجدات دون سائر القرابات.

والرابع: أنه يكون كالوصي إذا كان من الأجداد أو الجدات أو الإخوة دون سائر القرابات، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت له: يا أبا عبد الله إذا كانت بالغة في السن قد عرف رشدها فباعت، أيجوز بيعها؟

فقال: نعم بيعها جائز إذا بلغت في السن وعرف رشدها وكان بيعها نظرا لنفسها.

فقال له رجل من أصحابنا: أترضى أن أربعين سنة من السنين لها؟

فقال ك نعم، ولم يذكر لنا عقارا ولا غيره.

قال محمد بن رشد: قد مضى تحصيل القول في هذه المسألة وبيانه مستوفى في سماع سحنون، فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

مسألة:

قال ابن القاسم: إذا قال الرجل لفلان علي ألف درهم وعلى فلان وفلان، أتراها كلها عليه خاصة وإن كان كلامه نسقا؟

قال: وإذا قال لفلان: علي وعلى فلان وفلان ألف درهم فلا أرى عليه غلا ثلث الألف؛ لأن الأول قد أقر بألف على نفسه، ثم ندم فأدخل ما أدخل ليسقط بعض ذلك عن نفسه، ولأنه الآخر إنهما هو إقرار واحد وشهادة واحدة فيؤخذ بحصة ما يلزمه من ذلك، ويسقط عنه ما بقي إذ لم تجز شهادته فيما بقي.

قال محمد بن رشد: أما الذي قال لفلان: علي وعلى فلان وفلان ألف درهم فلا اختلاف أنه لا يلزمه بإقراره هذا إلا ثلث الألف، وأما إذا قال: لفلان علي ألف درهم، وعلى فلان وفلان، فإن لم يكن ذلك نسقا ألزمته الألف كلها، وإن كان ذلك نسقا متتابعا فقيل: إنه تلزمه الألف كلها وسيحمل ذلك منه على النادم، وقيل إنه لا يلزمه إلا ثلثها ويصدق فيما ادعاه من أن آخر كلامه مبين لأوله، وقد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب جامع البيوع، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ في رجل قام عليه غريمه بعد موته فادعى أن له عليه مائة دينار فشهد له عند السلطان وطلب مال الميت فلم يوجد له كفاف لدين هذا الطالب، فباع السلطان ماله ثم أوقفه على يدي عدل وضاع المال وجاء غرماء يطلبون دينا كان لهم على الميت وأثبتوا دينهم؟

قال أصبغ: معيبة المال من الذي وضع له المال، ويرجع الغرماء عليه فيحاصونه

بأخذ كل واحد منهم على قدر دينهم.

قال الإمام القاضي: قوله: إن مصيبة المال من الذي وضع له المال صحيح لا اختلاف في أن ما وقف لغريم بعينه في الموت أو في الفلس حتى يدفع إليه أن مصيبته منه إن تلف قبل أن يدفع إليه، وأما قوله: إن الغرماء الذين طردوا يرجعون عليه فيحاصونه ففي ذلك اختلاف؛ قيل: إنهم يرجعون عليه، وهو قول أصبغ هذا، وظاهر ما في كتاب التفليس من المدونة، وقيل: إنهم لا رجوع لهم عليه، وهو الذي يأتي على ما في كتاب القسمة من المدونة في بعض الروايات: أن الدين إذا طرأ على الورثة وقد اقتسموا التركة وتلف جميع ما في يدي بعضهم ببينة قامت على ذلك أن من تلف جميع ما في يديه ببينة فلا يرجع ولا يرجع عليه؛ لأن ما تلف بيد الأمين فهو بمنزلة ما قامت البينة على تلفه، لا فرق بين تلفه بيد الأمين أو ببينة قامت عليه بعد قبضه إياه، وهذا على اختلافهم في الوارث يطرأ على الورثة والغريم على الغرماء أو الموصى له على الموصى لهم، وقد تلف ما في أيدي بعضهم ببينة قامت على ذلك، فقيل: إنه لا رجوع له على من تلف ما في يديه ببينة، وقيل: إنه له الرجوع عليه، وقيل: يرجع عليه في الدين، ولا يرجع عليه في العرض، فهي ثلاثة أقوال.

وأما ما وقف في التفليس أو الموقف لاستبراء ما على المفلس أو الميت من الديون، فقيل: إن ضمانه من المفلس عرضا كان أو عينا، وهو قول أشهب، وقيل: إن ضمانه من الغرماء عينا كان أو عرضا، وهو قول ابن الماجشون، وروايته عند مالك، وقيل: إن ضمانه من الغرماء إن كان عينا ومن المفلس إن كان عرضان، وهو قول ابن القاسم، ومعناه: إذا كانت ديونهم عينا، وأما إن كانت ديونهم مماثلة للمال الموقف فضمانه منهم عينا كان أو عرضا.

فتحصيل مذهبه: أن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم المفلس لأنه إنما باع على ملكه، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء.

وقال أصبغ: المصيبة في الموت من الغرماء، وفي التفليس من الغريم المفلس، وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد: قال ابن القاسم في أجير يسقي الزرع وأجير يحرز الزرع، وصاحب الأرض أنه إذا فجلس صاحب الزرع، فإن صاحب الأرض والأجير الذي يسقي الزرع أولى من الغرماء يتحاصون بينهم، فإن فضل شيء من حقهم تحاص فيه الغرماء ودخل

معهم الأجير الذي يحرز.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف في أن الأجير الذي يحرز الزرع أسوة الغرماء في الموت والفلس جميعا، وإنما اختلف في أجير السقي وصاحب الأرض المكري لها إذا فلس المشتري أو مات، وقد مضى تحصيل هذا الاختلاف وتوجيهه مستوفى في أول سماع أشهب، فلا معنى لإعادته، وبالله تعالى التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن النوتي يكون له المركب يحمل عليه القمح ثم يفلس النوتي والمركب له؟

قال: هو أسوة الغرماء، ولا يكون أولى بالمركب من الغرماء.

قال محمد بن رشد: المعنى عندي في هذه المسألة: أن صاحب المركب أكرى من الرجل على أن يحمل له طعاما أو متاعا في مركبه ولم يعين له المركب بأن يشير إليه فيقول: مركبي هذا أو يسميه فيقول: مركبي الفلاني ولا أسلم إليه المركب، فوجب أن يكون المكتري إذا فلس المكري صاحب المركب أسوة الغرماء، كمن اكترى دابة غير معينة لحمل طعام أو متاع ففلس الكري صاحب الدابة قبل أن يسلمها إلى المكتري، وإذا حاص الغرماء اكترى له بما صار له من الكراء ما بلغ واتبعه ببقية حقه، ولو عين المركب لوجب أن يكون أحقّ به قبض أو لم يقبض على قياس الدابة المعينة، وقد قال بعض أهل النظر في هذه المسألة: إنها مسألة حائلة مخالفة للأصول وليس قوله بصحيح؛ لأن المعنى فيها هو ما حملتها عليه، وبه يصح ويرتفع الاعتراض عنها، وقد مضى القول مستوفى في مسألة الكري يفلس في آخر سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب فلا معنى لإعادته، وتكررت المسألة أيضاً في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجل كان لي عليه عشرة دنانير فتقاضيته وأعطى رجلا سلعة يبيعها ويوفيني الثمن، ففلس الرجل الذي لي عليه العشرة قبل أن يبيع ذلك الرجل السلعة؟

قال: هو أسوة الغرماء في تلك السلعة ولا يكون أولى بها.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة صحيحة على قياس قول ابن القاسم في الرهون من المدونة: أن الراهن إذا قال للمرتهن: أنفق على الرهن على أن نفقتك فيه أنه يكون أحقّ

بما فضل من الرهن عن حقه حتى يستوفي نفقته، إلا أن يكون عليه غرماء فلا يكون أحقّ ببقية الرهن في نفقته منهم، ولو أراد صاحب السلعة أن يسترد السلعة من عند الذي دفعها إليه ليبيعها ويؤدي ثمنها إلى صاحب العشرة الدنانير لم يكن ذلك له على قياس قول ابن القاسم في مسألة الذي أنفق على الرهن على أن تكون نفقته فيه، وأشهب يرى أنه يكون أحقّ من الغرماء ببقية الرهن في نفقته لقوله أنفق ونفقتك فيه، فعلى قياس قوله يكون صاحب العشرة دنانير أحقّ بالسلعة من الغرماء وإن لم ينص على أنها له بيده رهن بحقه، فالخلاف بين ابن القاسم، وأشهب قائم من هذه المسألة في الرهن هل تفتقر صحته إلى التصريح به أم لا؛ فلو دفع رجل إلى رجل سلعة ولم يزد على أن قال له: أمسكها حتى أدفع إليك حقك لكانت له رهنا يكون أحقّ بها من الغرماء عند أشهب، ولم تكن له رهنا يكون أحقّ بها من الغرماء عند ابن القاسم، لكنه يكون من حقه أن يمسكها حتى يدفع إليه حقه ما لم يقم عليه الغرماء، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل فلس فأقر فقال: هذا مال فلان لرجل قارضه أو هذا المتاع من ماله القراض كان مصدقا، وكذلك الموت، هو في ذلك مصدق في التفليس والموت، وصاحبه أولى به إذا كانت له بينة على أصل القروض والوديعة؟

قلت: أرأيت إن فلس فأقر في شيء بعينه أنه لفلان، وأنها سلعته بعينيها، وعلى أصل البيع بينة إلا أنهم لا يعرفون السلعة بعينها إنهما يشهدون على إقرارهما أنه باع منه عبدا أو جارية أو دابة بكذا وكذا قبل التفليس ثم أقر في التفليس ولا يشهدون أن هذه دابته أن قوله جائز.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى بيان القول فيها في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ، وفي غيره من المواضع المذكورة فيه فلا وجه لإعادة شيء من ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في عبد بيع فأبق ثم فجلس مشتريه فقال البائع: أنا أحاص بالثمن، فإن رجع العبد يوما معا أو وجد أخذته ورددت ما أخذت؟

قال: ليس ذلك له إما أن يرضى أن يتبع العبد ويطلبه ولا شيء له، وإما أن يحاص بالثمن إلى أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه الثمن.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد تكررت في رسم أوصى من سماع عيسى، وقد

مضى القول عليها هناك مستوفى فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل اكترى أرضا فزرعها واستأجر أجيرا فعمل له فيها فعجز الأجير عن سقيها فاستأجر غيره ثم فجلس مشتري الأرض قال: يتحاصان صاحب الأرض والأجير الأخير، ويكونون أولى من الغرماء، فإن فضل عن حقهم شيء كان الأجير الأول أولى من الغرماء حتى يستوفي حقه.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أول سماع أشهب فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

مسألة:

وقال في رجل دفع إلى رجل ثوبا يصبغه أو غزلا ينسجه فصبغه أو نسجه ثم دفعه إلى صاحبه قبل أن يستوفي حقه ثم فجلس صاحب الثوب؟

قال: يكون العامل شريكا في الثوب بقيمة الصبغ والنسج.

قيل له: فإن كان الصبغ ينقص الثوب؟

قال: وإن كان ينقص فإنما يكون شريكا بقيمة الصبغ.

قال الإمام القاضي: قوله: إنه يكون شريكا بقيمة النسج وهو لم يخرج فيه إلا عمل يده خلاف ما مضى في رسم العرية من سماع عيسى، وقد مضى القول على هذه المسألة هناك مستوفى فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل استأجر صائغا يعمل له في بيته حليا فكان الصائغ يأتي البيت يعمل، فإذا كان الليل ترك الحلي ثم انصرف إلى منزله، ففلس صاحب الحلي؟

قال: الصائغ أسوة الغرماء لأنه لا ضمان عليه.

قيل له: أرأيت من استأجر أجيرا ببقره يدرس له أندرا، فكان يأتي ببقره فيدرس، فإذا كان الليل انقلب ثم فجلس صاحب الزرع؟

قال: فهو أولى، ولا يشبه الصائغ.

قيل له: فالرجل يكري البناء يبني له دارا فيبني ثم يفلس صاحب الدار؟

قال: فالبناء أسوة الغرماء.

وسئل عمن دفع عبده إلى رغاف وأعطاه إجارة على تعليمه، فكان عنده يعلمه ففلس السيد؟

قال: المعلم أولى به من الغرماء؛ يريد: إلا أن يدفعه في عمل ينقلب إلى سيده كل ليلة مثل الصباغ والخياط، فإنه يكون أسوة الغرماء.

قال محمد بن رشد: قد مضى في رسم يوصي لمكاتبه في سماع عيسى القول في مسألة المستأجر على درس الزرع والفرق بينه وبين مسألة الصائغ يستأجر على أن يعمل في بيت الرجل، فلا معنى لإعادته.

وقوله في مسألة البناء: إنه أسوة الغرماء معناه: إذا لم يخرج في البنيان أكثر من عمل يده، وهو خلاف ما تقدم له قبل هذا في مسألة النسج، وأما إذا جعل شيئا أخرجه من عنده مع عمل يديه فلا اختلاف في أنه يكون أحقّ به، وقد مضى القول على ذلك مستوفى في رسم سلف من سماع عيسى، فلا معنى لإعادته.

وتفرقته في مسألة الذي يدفع عبده إلى رغيف ليعلمه بإجارة معلومة بين أن ينقلب إلى سيده كل ليلة أو لا ينقلب، ويكون مأواه ومبيته عند الرغيف صحيحة، ومعناه عندي: إذا فلس سيده وهو عنده لم يرده إلى الرغاف، وأما إذا فلس وهو بيد الرغاف قد رجع إليه من عند سيده على عادته فهو أحقّ به أيضاً لأنه كالرهن بيده، ومعنى قوله: أعطاه إجارة على تعليمه؛ أي: واجبه عليها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أعطى مالا قرارا فأدان ديونا فأفلس: إن المقارض فيما أعطاه أسوة الغرماء إلا أن يدرك من ماله شيئا بعينه فيكون أحقّ به، وقول المقارض: إن هذا مال فلان فلا يقبل قوله في ذلك لأنه مصدق على ما لا يتهم أن يكون في ذمته إلا مثل ما يلزم ذمته من غيره، وهو أيضاً يقبل قوله فيما يدعي من وضيعة أو ربح، وذلك لمن يؤذن له في المدانية.

قال الإمام القاضي: كذا وقع، وقال في رجل أعطى مالا قراضا فأدان ديونا فأفلس، وصواب الكلام في رجل أعطي مالا قراضا فهذان ديونا فأفلس؛ لأن المفلس إنما هو المقارض الذي أعطي المال لا المقارض الذي أعطاه، وذلك بأن من قوله: إن المقارض فيما أعطاه أسوة الغرماء، ويريد بقوله فيما أعطاه؛ أي: بما أعطاه لأنه إذا لم يدرك ماله الذي أعطاه بعينيه كان به أسوة الغرماء في جميع مال المفلس، وإذا أدرك ماله بعينه وقامت بذلك البينة فهو أحقّ به من الغرماء بلا خلاف، وأما إذا لم تقم بينة ففي تصديق المقارض المفلس في أن هذا هو مال القراض اختلاف قد مضى تحصيله في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ، وفي غير ما موضع فلا معنى لإعادته.

ووقع في هذه الرواية: وقول المقارض: إن هذا مال فلان فلا يقبل قوله فهم ذلك، وفي رواية أخرى فيقبل قوله في ذلك، وهي الرواية الصحيحة؛ لأنه اعتل لقبول قوله بما ذكره من أنه مصدق على ما لا يتهم أن يكون في ذمته إلا مثل ما يلزم ذمته من غيره، يريد: أن الذي يلزم ذمته قبل قوله أو لم يقبل سواء فلا تهمة عليه في إقراره، بيان ذلك بالمثال أن يكون مال القراض مائة فيفلس المقارض رجلان لكل واحد منهما عليه مائة مائة فيوجد له مائتان، فيقول المقارض المفلس: في إحدى المائتين إنها مال المقارض بعينه، فإن قبل قوله أخذها وكان أحقّ بها، وكانت المائة الباقية بين الغريمين واتبعاه بمائة خمسين خمسين، وإن لم يقبل قوله تقاضوا ثلاثتهم في المائتين فوجب لكل واحد منهم منها ستة وستون وثلثان واتبعوه جميعا بمائة؛ ثلاثة وثلاثين وثلث، ثلاثة وثلاثين وثلث، فالتعليل يدل على صحة هذه الرواية، ويدل على صحتها أيضاً قوله: وهو أيضاً يقبل قوله فيما يدعي من وضيعة أو ربح؛ إذ لا يصح أن يقول وهو أيضاً يقبل قوله وهو قد قال أولا: إنه لا يقبل قوله.

وقوله في الرواية، وذلك لمن يؤذن له في المداينة صحيح إن كان عمل في مال القراض بالدين؛ لأن المقارض لا يجوز له أن يعمل في مال القراض بالدين إلا بإذن صاحب المال، فإن عمل فيه بالدين دون إذن صاحب المال كانت الوضيعة عليه، وإن كان عمل فيه بالدين بإذنه كانت الوضيعة عليه وكان العامل مصدقا فيها كما لو باع واشترى بالنقد فادعى الوضيعة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الجمال يتكارى على حمل متاع فيحمل ثم يفلس صاحب المتاع والمتاع على الإبل أنه أولى به.

وسئل: هل يكون صاحب الحانوت أولى بما فيه من الغرماء؟

قال: لا.

قيل له: فصاحب السفينة أولى بما فيها من الغرماء؟

قال: نعم، إنما هي حمولة.

قيل له: وكذلك الجمال؟

قال: نعم.

قال محمد بن رشد: قوله في المتكاري يفلس ومتاعه على الإبل التي اكتراها: إن الجمال أولى به حتى يستوفي كراءه هو نص قوله في المدونة وغيرها، وفي ذلك

تفصيل؛ أما إذا أسلم المتاع إلى الجمال ليحمله على جماله فأفلس صاحب المتاع والمتاع بيد الجمال فلا اختلاف في أنه أحقّ به في الموت والفلس من الغرماء، لأنه كالرهن بيده، وأما إذا أسلم الجمال الإبل إلى المكتري ليحمل عليها متاعه ففلس المشتري قبل أن يصل أو عند وصوله قبل أن يحوز متاعه ويرد الإبل إلى الجمال، فالمشهور أن الجمال أولى بالمتاع حتى يستوفي جميع كرائه، وهو الذي في كتاب التفليس من المدونة؛ وعلل ذلك بأنه إنما بلغ الموضع على إبله، والعلة الصحيحة في ذلك أنه كالرهن بيده؛ لأن كونه على ظهور إبله قبض ويتخرج في ذلك قولان سواه: أحدهما: أنه أسوة الغرماء في الموت والفلس جميعان؛ إذ ليس المتاع بيده رهن له قد حازه فيكون أحقّ به في الموت والفلس جميعا، ولا هو عين ما باعه فيكون أحقّ به في التفليس دون الموت على ما جاء في الحديث المأثور الصحيح في ذلك.

والثاني: أنه أحقّ في الفلس دون الموت، ووجه هذا القول: أن حمل المتاع من البلد إلى البلد على الإبل تنمية له، فأشبه اكتراؤه عليه ابتياعه إياه فوجب أن يكون المكري الجمال أحقّ به في الفلس دون الموت كما لو باعه منه، وهذا على قياس القول في ربّ الأرض يكري الأرض فيزرعها المكتري ثم يفلس أن ربّ الأرض أحقّ بالزرع من الغرماء في الفلس دون الموت على هذا التعليل الذي وصفناه، وقد مضى في أول سماع أشهب ما يبين ما ذهبنا إليه في هذه المسألة، ومسألة السفينة محمولة على مسألة الدابة؛ لأن المعنى فيهما جميعا سواء، وأما مسألة الحانوت والدار فلا اختلاف في أنه لا يكون واحد منهما أولى بما فيها من المتاع والأثاث إذا فلس المكتري لهما قبل أن يستوفي كراءه منهما لا في الموت ولا في الفلس إذ لم يبعه شيئا من ذلك ولا هو رهن بيده، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل باع عرصة فبنى فيها المشتري ثم جاء البائع يطلب ثمن عرصته فإذا الرجل المشتري قد فالس؟

قال: إن شاء حاص الغرماء بماله وإن أبى نظر كم قيمة الفرصة وقيمة البنيان، فإن كانت قيمة الفرصة ربع الدار أو ثلثها بيعت الدار فدفع إليه ثلث ثمن الدار أو ربع ثمنها، فعلى هذا يحسب.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة لا إشكال فيها ولا اختلاف، وهي نظيرة مسألة الغزل التي مضت في رسم العرية من سماع عيسى، ومضى التكلم عليها هناك

فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل دفع إلى صائغ سوارا يعمله له، ثم دفع إليه سوارا آخر بعد ذلك، فعمل أحدهما فأخذه صاحبه ولم يعطه أجره، فلم يفرغ من الآخر حتى فالس؟

قال يحيى: السوار الذي في يده بإجارته فيه، ويكون أسوة الغرماء في السوار الآخر الذي دفع إليه كان معا أو مفترقا، يريد دفع السوارين.

قلت له: أرأيت إن كان لم يفلس فعمل أحدهما ولم يعمل الآخر فقال الصائغ: ادفع إليّ إجارة السوارين فقال: قد دفعت إليك إجارة الأول الذي أخذته، وقال الصائغ: لم آخذ منك شيئا؟

قال: إن كان دفعهما جميعا معا والإجارة واحدة كان القول قول الصائغ، فإن كانا مفترقين واحدا بعد واحد حلف صاحب السوارين، وكان القول قوله إلا أن يطلب إجارته يحدثان ذلك، فإن فعل ذلك رأيت القول قول الصائغ مع يمينه.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي فالس بعد أن قبض أحد السوارين من الصائغ قبل أن يدفع إليه من أجرته شيئا: إن الصائغ يكون أحقّ بالسوار الذي بيده في أجرته فيه ويكون أسوة الغرماء بأجرة السوار الذي دفعه صحيح إذا كان استعماله إياهما في صفقتين، وأما إن كان استعماله إياهما في صفقة واحدة فمن حقّ الصائغ أن يمسك السوار الذي بيده بجميع أجرته في السوارين كالرهن؛ لأنه ارتهنهما جميعا صفقة واحدة بأجرتهما جميعا، فمن حقه أن يمسك الباقي في يديه حتى يقبض جميع حقه، كمن ارتهن سوارين أو عبدين بعشرين دينارا، فدفع أحدهما إلى الراهن ليدفع إليه نصف حقه فلم يفعل حتى فلمس أنه أحقّ بالباقي في يده من السوارين أو العبدين من الغرماء حتى يستوفي جميع حقه، وهذا مما لا إشكال فيه ولا اختلاف، فقوله كانا معا أو مفترقين يريد دفع السوارين، كلام غير صحيح وقع على غير تحصيل، وتفرقته في مسألة اختلافهما في دفع الأجرة بين أن تكون الأجرة وقعت فيهما صفقة واحدة أو في صفقتين يمضي على مسألة التفليس ويبين ما ذهبنا إليه فيها من الفرق بين الوجهين.

وقوله: إن الصائغ إذا طلب أجرته يحدثان ما دفع السلعة التي استعمل إياها كان القول قوله مع يمينه، وحدثان ذلك هو اليوم واليومان والثلاثة على ما في كتاب الرواحل والدواب من المدونة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل حبس في دين فجاء من يشهد للمحبوس أنه ليس له شيء، وجاء من يشهد للغريم أن المحبوس موسر بهذا الدين؟

قال: لا ينظر إلى الذين شهدوا لهذا ولا لهذا، وأرى أن يرسل ويدس في ذلك أهل الصلاة في السر، فإن كان له مال ضيق عليه حتى يؤخذ منه الحق، وإن كان معدما لا شيء له فأرى أن يخلى حتى يرزقه الله تعالى، وإنما يدس في ذلك أهل العدل والمعرفة.

قال الإمام القاضي: هذه مسألة وقعت في بعض الروايات، وفيها إذا اعتبرت اضطراب لأنه قال فيها: إنه لا ينظر إلى الذين شهدوا لهذا ولا لهذا، وأرى أن يرسل ويدس في ذلك أهل الصلاح في السر.

وقوله فيها: إنه لا ينظر إلى الذين شهدوا لهذا ولا لهذا، يريد: إذا تكافأت البينتان في العدالة فوجب أن يبقى مسجونا على الأصل في أنه محمول على المعلا حتى يثبت عدمه، وهو قد قال: إنه يرسل، فيقوم من الرواية قولان: أحدهما: أنه ينظر إلى أعدل البينتين، فإن استوتا في العدالة سقطتا وبقي مسجونا على حاله فكانت بينة الملإ أعمل عند تكافىء البينتين.

والثاني: أنه ينظر إلى أعدل البينتين، فإن استوتا في العدالة سقطتا أيضاً وأرسل من السجن حتى يسأل عنه في السر فينكشف من حاله ما يوجب أن يعاد إليه، فكانت بينة العدم على هذا أعمل عند تكافىء البينتين، وفي المسألة قولان آخران: أحدهما: أن بينة الملإ أعمل وأن كانت أقل عدالة، وقع هذا القول في أحكام ابن زياد لمحمد بن غالب وغيره من معاييره، قالوا: إن شهادة الذين شهدوا على اليسار أعمل ويحبس بشهادتهم حتى تقوم بينة أنه أعدم بعد ذلك بجائحة أصابته.

ووجه ما ذهبوا إليه: أنهم رأوا أن الذين شهدوا بملائه علموا من حاله ما جهلته البينة الأخرى التي شهدت بعدمه، فجعلوا ذلك من باب الزيادة في الشهادة.

والقول الثاني: أن شهادة العدم أعمل وإن كانت أقل عدالة، وهذا القول يتركب على قياس قوله في هذه الرواية إنه ينظر إلى أعدل البينتين؛ لأنه لا ينظر إلى أعدل البينتين إلا عند استوائهما جميعا في ألا مزية عند أحدهما في زيادة معرفة أو علم على الآخر أو إذا لم يجعل للذين شهدوا بالملف مزيد في العلم والمعرفه على الذين شهدوا بالعدم على مذهبه في هذه الرواية، وهو الصحيح في المعنى إذ لم يثبتوا الشهادة بأنهم

يعرفون له مالا أخفاه، وإنما شهدوا أنهم يعلمونه مَليًّا في ظاهر حاله كما شهدت البينة الأخرى أنهم يعلمونه عديما في ظاهر حاله، وجب أن تكون بينة العدم أعمل من بينة الملإ؛ لأن بينة العادم أوجبت حكما وهو إطلاقه من السجن إن كان قد سجن أو ارتفاع السجن عنه فيما ثبت عليه من الدين إن كان لم يسجن، وبينة الملإ لم توجب حكما لأنها أبقته على حكم الأصل من كونه محمولا على الملف الذي يوجب سجنه بما ثبت عليه من الدين حتى يثبت عدمه، الفهم إلا أن تكون الشهادتان بعد أن أطلق من السجن بما بان من عدمه؛ لأن شهادة الملإ هنا هي التي توجب الحكم برده إلى السجن وشهادة العدم لا توجب إلا بقاءه على حكم الأصل الذي به وجب تسريحه من السجن، ولو قال الشهود بملائه: إنهم يعلمون له مالا باطنا أخفاه لما صح أن يختلف في أن شهادتهم أعمل من شهادة من شهد بعدمه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أفلس وضرب على يده ولم يكن له مال فأتاه رجل من الناس فأعطاه مالا قراضا وهو يعلم بإفلاسه، فداين به الناس حتى فالس، ثم أراد الذي أعطاه المال أن يأخذ ماله، لم يكن ذلك له؛ لأن الناس إنما داينوه لما في يديه ولم يداينوه في ذمته، فالغرماء أولى بماله، فإن فضل فضل كان له إلا أن يتعدى المقارض في المال بشيء، مثل أن يسلف أو يخالف إلى ما نهاه عنه، فكل ما تعدى فيه كان ضامنا له بمنزلة ما لو أسلفه إياه فيكون في ذمته، فكذلك ما تعدى فيه.

قال ابن القاسم: كذلك قال لي مالك: لا ينبغي أن يداين في القراض؛ فإن أدان فيه فهم أولى به.

قال: ولا يحل القراض على أن يقول: داين، وإن كان تعدى وماله معروف في الذي تعدى فيه ببينة أو إقرار فهو أحقّ به من الغرماء.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها أن المقارض إذا تداين في القراض بإذن ربّ المال فالغرماء أولى بالمال منه حتى يستوفوا ديونهم، وإذا تداين فيه بغير إذن ربّ المال وقد علموا أنه مال قرار فرب المال أولى بماله من الغرماء، وكذلك إذا أسلف منه أو تعدى ما أمره به فهو أحقّ بماله في جميع ذلك، ولا يجوز على ربّ المال عداؤه، وقد مضى في أول سماع أصبغ ما فيه بيان لهذه المسألة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في أجير السقي في الزرع أو النخل إذا فلس صاحب الزرع أو النخل: إنه الأجير أولى من الغرماء، وأما الأجير يحرس الزرع أو النخل فهو أسوة الغرماء.

قال الإمام القاضي: قد تكررت هذه المسألة في أول هذا السماع، ومضى القول عليها مستوفى في أول سماع أشهب، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك في رجل قام عليه غرماؤه ففلسوه فيما بينهم وأخذوا ماله ثم داينه آخرون، إن الاخرين أولى بما في يديه من الأولين بمنزلة السلطان.

قال ابن القاسم: ولو قاموا فلم يجدوا في يديه شيئا وداينوه فلم يجدوا له شيئا فتركوه، لم أر هذا تفليسا، وروايته إن داينه آخرون بعد ذلك ثم فجلس أنه يدخل الأولون من الآخرين إلا أن يكون بلغوا به السلطان وكان السلطان هو الذي نفسه لهم فذلك تفليس، وإن لم يوجد له شيء، وذلك أن السلطان يكشفه ويبلغ من كشفه مالا يبلغ هؤلاء، ولو أعلم أنهم كانوا يبلغون من ذلك لرأيت أنا ذلك تفليسا، ولكن لا أحب أن أقوله مخافة ألا يكونوا يبلغون ذلك.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في رسم البيوع الثاني من سماع أصبغ فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل تزوج امرأة وأصدقها عبدين ودفعهما إليها ثم فلست المرأة وطلقها الزوج؟

قال: هو أحقّ بأحد العبدين من الغرماء.

قال محمد بن رشد: قوله: وطلقها الزوج؛ يريد: قبل البناء، وقوله: إنه أحقّ بأحد العبدين من الغرماء، يريد: أنه يكون شريكا فيهما، قاله ابن أبي زيد وهو صحيح، والمسألة كلها صحيحة لا اختلاف فيها، والأصل في أنه يكون أحقّ من الغرماء بما وجب له من الصداق إذا أدركه قول النبي صلى الله عليه وسلم: أيما رجل فلس فأدرك رجل ماله بعينه [1] فهو أحقّ به من غيره ".

---

(١) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ٢٢٣٩، وأخرجه مسلم بن =

ولو فات الصداق في يديها باستهلاك منها له لكان له محالة الغرماء بنصف قيمته، ولو فات في يديها بأمر من السماء لم يكن عليها فيه شيء على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في أنهما شريكين فيه إذا طلقها قبل البناء تكون المصيبة إن تلف منهما والغلة بينهما، وعلى القول بأن الغلة لها والمصيبة منها إن أصدقها عبدا فمات وطلقها قبل البناء وقد فلست أنه يحاص الغرماء بنصف قيمته، وقد قال ابن المواز على قياس قول ابن القاسم، وروايته عن مالك: إن المرأة إذا طلقت قبل البناء وجلست فإن غرف المهر بيدها فالزوج أحقّ بنصفه، وإن لم يوجد إلا نصفه فإن عرف هلاكه بغير سببها فليس له إلا نصف ما وجد ولا محالة له بما بقي، وإن هلك بسببها حاص بنصف ما ذهب فيه وفي سائر مالها، وهو صحيح، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في عبد كان لي وأذنت له في التجارة فداين الناس، وكان لرجل علي مائة دينار فأحلته بها على عبدي ثم فلس العبد؟

قال: يحاص الذي كان له عليك المائة مع غرماء العبد فيما في يد العبد.

قيل له: فإنه حاص فصار له في المحاصة نصف حقه؟

قال: يرجع على السيد بنصف الحق، ويرجع غرماء العبد على السيد بما صار لغريمه في المحاص وهو خمسون دينارا؛ لأنه هو الذي أدخله عليهم، فإن لم يكن عنده شيء باعوا من العبد ما كان لهم أن يرجعوا به على السيد.

=

الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٩٢١، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه حديث رقم: ٢٥١٠، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٣٥١، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٧٣٢٥، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥١٤٤، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٥٥٠، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٠٤٠١، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٣١٨٢، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ١٣٢٥، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٧١٩، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ١٩٤٩٦، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى حديث رقم: ٥٨١، وأخرجه الشافعي في الأم حديث رقم: ٩٤٥، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢١٣٥، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٤٠٦٦، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٤٠٢٠.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها نظر، ولا تصح إلا على معنى ما، وهو أن يكون السيد أحال غريمه على عبده ولا دين له عليه، فلما فلس العبد لم يعلم إن كانت الإحالة قبل ديون الغرماء فيكون من حقّ المحال أن يحاص الغرماء ولا يكون للغرماء رجوع على السيد بشيء، أو بعد ديون الغرماء فلا يكون للمحال محاصة الغرماء، والسيد مقر أن الإحالة كانت بعد ديون الغرماء والمحال منكر لذلك ومدع أن الديون إنما لحقت العبد بعد الإحالة، فعلى هذا التأويل تستقيم المسألة، وقد قال فيها ابن دحون: إنها مسألة غير مستقيمة؛ لأنه إن كان أحال الغريم على دين له على العبد فليس للمحال رجوع ولا للغرماء رجوع على السيد بما وقع للمحال في المحاصة، وإن كان أحاله على ماله الذي في يدي العبد فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يتداين العبد أو بعد أن يتداين، فإن كان قبل أن يتداين فلم يقبض المحال حتى فلس العبد فلا رجوع له ولا للغرماء على السيد بما يقع للمحال في المحاص؛ لأنه أحد أهل دين العبد، وإن كان بعد أن تداين العبد أحال عليه فذلك لا يجوز على الغرماء؛ لأنهم أولى بما في يدي العبد من السيد وممن أحاله السيد، وليس قوله بصحيح لاحتمال المسألة سوى الوجوه التي قسم المسألة إليها وفسرها على معنى ما في المدونة، وما في سماع ابن القاسم من كتاب الكفالة والحوالة؛ فمن الوجوه التي تحتملها الوجه الذي ذكرنا أنه تصح عليه المسألة، وهو أن السيد أحال غريمه على العبد على غير أصل دين كان له على العبد؛ لأن الحوالة على غير أصل دين حمالة، وحمالة العبد لسيده إذا لم يكن عليه دين جائزة لازمة له في ذمته، وإن مات أو فلس كالحر سواء، فلما أحاله عليه قبل أن يفلس ثم فلس كان له أن يحاص الغرماء، ويرجع على الذي أحاله ببقية حقه لما ذكرناه من أن الحوالة على غير أصل دين حمالة، وكان لغرماء العبد أن يرجعوا على السيد بما صار لغريمه المحال في المحالة على ما ذكرناه في تأويل المسألة من أن السيد مقر أنه أحاله على عبده بعد أن اغترقت الديون ذمته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: أرأيت لو أن مفلسا ورث أباه أو وهب له ماذا يكون للغرماء منه؟

قال: إن ورثه لم يعتق إذا كان الدين يحيط به وكان الدين أولى به كشيء أفاده، وأما إن وهب له فهو معتق عليه وليس لأهل الدين فيه شيء لأنه لم يوهب له ليأخذه أهل الدين؛ إنما أراد حين وهب له أن يعتقه، فإذا أخذه أهل الدين كان أضر به.

قال الإمام القاضي: أشهب يقول: إن العتق أولى به في الميراث كالهبة، وبه قال

محمد ابن المواز، ولا وجه للتفرقة في ذلك بين الميراث والهبة، واعتلاله لوجوب العتق فيه بالهبة، بأنه لم يوهب له ليأخذه أهل الدين إنما أراد أن يعتقه اعتلال فاسد؛ إذ لا يدرك حقيقة ما أراد، فلعله إنما أراد منفعة الموهوب له بأن تؤدى عنه ديونه من ثمنه، لا سيما إن كان ممن يجهل أنه لا يصحح له ملكه، ولا يصح في المسألة على مقتضى القياس إلا قولين كذا؛ أحدهما: أنه يعتق في الوجهين جميعا، وهو قول أشهب، والثاني: أنه لا يعتق في الوجهين جميعا ويباع للغرماء فيهما.

والأصل في هذا الاختلاف اختلافهم فيمن ملك من يعتق عليه هل هو حر بنفس ملكه إياه أو ليس بحر حتى يعتقه أو يعتق عليه، فعلى القول بأنه حر بنفس ملكه إياه يكون حرا في الوجهين جميعا، ولا يكون لأهل الدين فيه حقّ وهو قول أشهب، وعلى القول بأنه لا يكون حرا حتى يعتقه أو يعتق عليه بدليل ما روي عنه النبي صلى الله عليه وسلم من أنه قال: " لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا [1] فيشترية فيعتقه " لا يعتق عليه ويباع للغرماء في الوجهين جميعا.

وعلى هذا الاختلاف يأتي الاختلاف الواقع في كتاب العتق الأول من المدونة في الذي يشتري أباه وعليه دين يغترقه هل ورد البيع أو يباع عليه في الدين؛ وإذا اشتراه وليس عنده ثمنه كله هل يرد البيع أو يباع منه ببقية الثمن للبائع ويعتق الباقي؛ فذهب مالك إلى أنه ورد البيع في المسألتين جميعا على قياس القول بأنه لا يصح أن يتقرر له عليه ملك، وذهب ابن القاسم إلى أنه يباع عليه إذا اشتراه وعليه دين ويباع عليه منه ببقية الثمن للبائع وبعتق الباقي إذا اشتراه وليس عنده ثمنه كله، وقد حاول بعض الناس على ما في المدونة لمالك بظاهر قوله فيها إنه فرق بين المسألتين فقال في الذي

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٢٧٨٧، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١٨٢٦، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٤٤٧٤، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٣٦٥٧، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٧٣٨٩، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٤٢٩، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٤٧٦٣، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٩٥٨، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٩٤٦، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ٢١٩٧٢، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٥١٩٨، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٤٨٠٦، وأخرجه الحسين بن مسعود البغوي في شرح السنة حديث رقم: ٢٤٢٨، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار حديث رقم: ٣٠٢٧، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم: ٧٥٩.

يشتري أباه وعليه دين إنه يباع عليه في الدين، وفي الذي يشتريه وليس عنده ثمنه كله إن البيع ورد، وليس ذلك بصحيح؛ إذ لا وجه للتفرقة بين المسألتين كما لا وجه للتفرقة بين الميراث والهبة، وإنما أدخل سحنون قول المخزومي في المدونة حجة لمالك على ابن القاسم في المسألتين جميعا، وبتخرج على قياس القول بأن من ملك من يعتق عليه لا يكون حرا بنفس الملك حتى يعتق عليه أنه لا يحد إن كانت أمة فوطئها عالما بوجوب عتقها عليه خلال ما في سماع عيسى من كتاب الحدود من أنه أحد إلا أن يعذر بجهالة، ولو اشترى الرجل من يعتق عليه من ورثته وهو صحيح أو مريض بثلث ماله فأقل فلم يعلم بذلك حتى مات ورثه على القول بأنه حر بنفس الشراء، ولم يرثه على القول بأنه لا يكون حرا حتى يعتق.

وقد اختلف إذا اشتراه في مرضه بثلث ماله فأقل وعلم بذلك قبل أن يموت، فقيل: إنه يعجل له العتق في مرضه ويرث وهو ظاهر ما في المدونة، وقيل: إنه لا ميراث له بحال لأن فعل المريض لا ينظر فيه إلا بعد الموت، وهو قول أشهب، وقيل: إنه ينظر فيه بعد الموت فإن خرج من الثلث ورث، وإن لم يخرج من الثلث لم يرث، وهو ظاهر قول ابن القاسم في أول سماع عيسى من كتاب الوصايا، وأما إذا اشتراه في مرضه بأكثر من الثلث فقيل: إنه لا يرث بحال، وهو قول أشهب، وقيل: إنه يرث إن حمله الثلث بعد الموت، وهو أحد قولي ابن القاسم، وقيل: إنه إن كان ممن له أن يستلحقه كان له أن يشتريه بجميع ماله ويرث، وإن لم يكن له أن يستلحقه لم يكن له أن يشتريه إلا بالثلث ولا يرث، وقيل: إنه إن كان ممن يحجب جميع الورثة عن الميراث كان له أن يشتريه بجميع ماله ويرث، وإن لم يكن ممن يحجب جميع الورثة عن الميراث لم يكن له أن يشتريه إلا بالثلث ولا يرث، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن الجمال يفلس وفي يدي هذا جمل يركبه؟

قال: كل من كان في يديه جمل يركبه كان أولى به من غيره.

قال أصبغ: كذلك قال لنا ابن القاسم.

قيل له: إنه كان يدخل بينهم يجعل هذا البعير تحت هذا يوما ثم يجعل تحته غيره من الغد، ويجعل ذلك البعير تحت غيره؟

قال: إنما ينظر إليه حين فلس، فكل من كان في يديه بعير حين فلس كان أحقّ به وإن كانت تحته أمس غيره.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة في رسم القبائل من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وكتاب الرواحل والدواب فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون: لو أن رجلا مرض فباع في مرضه دارا ثمنها ثلاث مائة دينار بمائتي دينار وحابى بمائة دينار ولا مال له غيرها ثم أخذ المائتين فاستنفقها ثم مات فإنه يقال للورثة: إن صاحبكم ما حابى بمائة ولا يحمل ذلك ثلثه من قبل أنه استنفد المائتين، فإما أن تمضوا بيعه، وإما أن تختلفوا من ثلثه للمشتري، فإن أجازوا مضى البيع، وإن لم يجيزوا بيع من الدار بقدر المائتين التي استنفدها، ثم يكون للمشتري ثلث ما بقي من الدار بعد الذي بيع منها.

قال الإمام القاضي: اختلف في المريض يبيع في مرضه فيحابي في بيعه بأكثر من الثلث، مثل أن يكون له عبد قيمته ثلاث مائة دينار فيبيعه بمائة دينار ثم يموت ولا مال له غيره على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الورثة يخيرون ابتداء بين أن يجيزوا البيع وبين أن يمضوا للمشتري من العبد ثلثه بالوصية وثلثه بالمائة التي دفع، وهذا إذا كانت قيمته على حالها والمائة باقية، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا.

والثاني: أنه يمضي منه للمشتري بالثمن قدر ما لا محاباة فيه ثم يخير الورثة في المحاباة، فإن شاؤوا أجازوها وأمضوها وإلا قطعوا له بثلث الميت، وهو ثلث العبد؛ إذ لا مال له غيره، وهذا قول عيسى بن دينار من رأيه، وهو قريب من القول الأول؛ إذ لا فرق بينه وبينه إلا في تخيير الورثة هل يكون ابتداء أو بعد أن يمضي منه للمشتري بالثمن قدر ما لا محاباة فيه، ولا يؤول ذلك إلى اختلاف في المعنى.

والقول الثالث: أن الورثة يخيرون ابتداء بين أن يجيزوا البيع وبين أن يردوه ويعطوا المشتري مائته التي كان دفع ويقطعوا له بثلث الميت في العبد المبيع وهو ثلثه إذ لا مال له سواه، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب الشفعة، ورواية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك في الواضحة.

وعلى هذا القول يأتي قول سحنون هذا في الذي باع في مرضه دارا تساوي ثلاث مائة بمائتين ولا مال له غيرها فأخذ المائتين واستنفقها في مرضه ثم مات؛ لأن الثلث إنما ينظر فيه بعد الموت، فلما مات وهو قد استنفد المائتين التي قبضها من المشتري لم يصح أن يمضي له المائة التي حاباه بها في مرضه، إذ لا مال له سواها، فوجب ألا

يكون له إلا ثلثها يقطع له بذلك في الدار، وكان وجه العمل في ذلك على ما قال إن لم يجز الورثة البيع أن يباع من الدار للمشتري بالمائتين التي استنفدها الميت على التنقيص بأن يقال للمشترين: كم تتخذون من هذه الدار بمائتين؟ فيقول أحدهم: أنا آخذ خمسة أسداسها بمائتين، ويقول الآخر: أنا آخذ أربعة أخماسها بذلك، ويقول الآخر: أنا آخذ ثلاثة أرباعها بذلك، ويقول الآخر: أنا آخذ ثلثيها بذلك، ويقول الآخر: أنا آخذ نصفها بذلك، فإذا وقفت على ما وقفت عليه من الأجزاء بيع منها ذلك الجزء بالمائتين ودفعت إلى المشتري، وكان له ثلث ما يبقى من الدار: السدس إن كان بيع منها بالمائتين النصف، والتسع إن كان بيع منها بالمائتين الثلثان، ونصف السدس إن كان بيع منها بالمائتين الثلاثة الأرباع، ويكون للورثة ما بقي؛ الثلث، أو التسعان، أو السدس، وهذا على القول بأن من أوصي له بشيء بعينيه فلم يحمله الثلث ولا أجازه الورثة يقطع له بالثلث في الذي أوصي له به، وأما على القول بأنه يكون له شائعا في جميع مال الميت فتباع الدار كلها فيعطى المشتري من ذلك المائتين التي استنفد الميت وثلث ما بقي؛ إذ لا مال له سوى الدار، ولا يكون على ظاهر هذه الرواية للورثة أن يلزموا المشتري أن يأخذ في المائتين من الدار ما يجب لهما منها بغير رضاه ولا له أن يلزمهم ذلك بغير رضاهم، خلاف ظاهر ما في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا، وقد رأيت لابن دحون أنه قال في قول سحنون في هذه المسألة: لا يتم هذا الجواب حتى يكون المشتري يبرأ إليهم بما اشترى ويطلب رأس ماله، فهناك تباع الدار ويعطى رأس ماله وثلث ما يبقى، فكأنه ذهب إلى أن يفسر قول سحنون هذا بما في سماع أبي زيد، وما في سماع أبي زيد بقول سحنون، والظاهر أنه اختلاف، واختلف أيضاً إن أراد المشتري أن يزيد ما حاباه به الميت زائدا على الثلث ويستخلص البيع هل يكون ذلك له أم لا على قولين: أحدهما: أن ذلك له، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب الشفعة، والثاني: أنه ذلك ليس له، وهو ظاهر ما في وسماع أبي زيد من كتاب الوصايا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الذي يشتري البيض على أن تفقس أن ذلك جائز.

قال محمد بن رشد: قيل في التفقيس إن معناه: أن يكشف عن البيض ليعلم فاسدها من غير ذلك، ويحتمل أن يريد بالتفقيس الكسر، فإن كان اشتراها على أن يختبرها بما يصح اختبارها به من غير كسر فما وجد منها فاسدا رفع فلا إشكال في جواز البيع على

هذا الشرط، وإن كان اشتراها على أن يكسرها فما وجد منها فاسدا رده مكسورا فذلك جائز أيضا؛ لأن الحكم يوجب له رده إذا وجد فاسدا قبل الكسر وبعده، اشترط ذلك أو لم يشترطه، وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها سحنون

قال سحنون: إذا سجن الرجل في دين امرأته فأراد أن تدخل عليه امرأته في السجن تبيت معه فإنه لا يكون له ذلك، وكذلك إن سجن لغير امرأته فليس له أن تدخل امرأته عليه في السجن؛ لأنه إنما أدخل تأديبا له وتضييقا عليه، فإذا كان لا يمنع من لذته فلم يضيق عليه؟

قال الإمام القاضي: قول سحنون هذا صحيح بين في المعنى، وقد قال ابن المواز إذا حبس الزوجان في دين فطلب الغريم أن يفرق بينهما، وطلب الزوجان أن يجمعا فذلك لهما إن كان السجن خاليا، وإن كان فيه غيرها حبست المرأة مع النساء، وحبس الرجل مع الرجال، ولا يفرق بين الأب والابن ولا بين الإخوة في السجن، وقول ابن المواز: إن للزوجين أن يجمعا في السجن إذا كان خاليا خلاف لقول سحنون، وقول سحنون أظهر، والله أعلم.

مسألة:

قال سحنون: إذا مات الرجل وعليه دين لقوم أتى فقام بعضهم إلى السلطان فأثبت عنده دينه فباع السلطان مال الميت وقضى هؤلاء الذين قاموا بحقوقهم، فقام الآخرون بعد ذلك يريدون الدخول مع الذين ارتضوا فيما ارتضوا فإن ذلك لهم يدخلون عليهم فيأخذون منهم قدر حقوقهم، ولا يضرهم أن يكونوا علموا بموت صاحبهم وأن ماله يباع لغرمائه، لأنهم يقولون: كنا على حقوقنا وعدمنا أنه لا يبطلها عنا قيام أصحابنا.

قيل له: فما الفرق بينه وبين المفلس إذا باع السلطان ماله لبعض غرمائه وبقيتهم حضور لا يقومون فلم ير لهم الدخول على الذين ارتضوا حقوقهم؟

فقال: إن المفلس له ذمة تتبع، وإن الميت قد انقطعت ذمته، فلذلك رأيت لهم الدخول على أصحابهم، وقد أخبرني ابن القاسم أنه قال: لا يجوز أن يشترى دين على الميت؛ لأن الميت لا ذمة له يطلب فيها وقد انقطعت ذمته، وأن المفلس له ذمة يتبع بها، فهذا أيضاً يدلك على مسألتك.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة في نوازل عيسى فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن الرجل يكون له على النصراني الدين فيترك النصراني خمرا أو خنازير هل يجبر ورثة النصراني على بيع الخمر والخنازير حتى يقضوا المسلم حقه؟

قال: لا يجبرهم السلطان على بيعه، ولكن صاحب الدين يتربص بورثة الميت، فإذا باعوا وصارت الخمر والخنازير مالا قضى السلطان على الدين باعوها بدفع الدين إلى المسلم، وكذلك المركب من الروم يرسي بساحلنا معهم الخمر وغير ذلك أن السلطان لا يجبرهم على بيعها للعشور، ولكن يوكل من يتحفظ بها حتى إذا بيعت أخذ من ثمنها العشور.

قال محمد بن رشد: أما قوله في الذي يكون له على النصراني العين فيموت ويترك خمرا وخنازير: إن السلطان لا يجبر ورثته على بيع الخمر والخنازير ولكن صاحب الدين يتربص بورثة الميت فإذا باعوا وصارت الخمر والخنازير مالا قضى السلطان على الذين باعوها بدفع الدين إلى المسلم، فهو صحيح بين في المعنى؛ لأن دين صاحب الدين ليس في عين الخمر والخنازير، وإنما هو في ذمة الميت، ولو كان في عين الخمر والخنازير لما وجب أن يبيعها ليستوفي حقه منها، ولما كان الواجب في ذلك إلا أن يأخذ حقه منها المتعين له فيها فيهرق الخمر ويقتل الخنازير أو يسرحها إن لم يقدر على قتلها وتغييب جيشها وخشي أن يضر ذلك بالناس.

وأما قوله في المركب من الروم يرسي بساحل المسلمين ومعهم الخمر وغير ذلك للبيع: إن السلطان لا يجبرهم على بيعها للعشور، ولكن يوكل من يتحفظ بها حتى إذا بيعت أخذ من ثمنها العشر، فهو بعيد، إلا أن يكون معنى ذلك: أنهم صولحوا على أن يؤخذ منهم العشر إذا باعوا كأهل الذمة، وأما إن كانوا صالحوا على العشر فالواجب أن يؤخذ منهم عشر ما معهم من الخمر والخنازير فتكسر الخمر وتقتل الخنازير أو تسرح؛ لأن المسلمين إشراك لهم في جميع ما نزلوا به باعوا أو لم يبيعوا، هذا قول ابن القاسم في سماع عيسى، وسحنون، وأصبغ من كتاب التجارة إلى أرض الحرب، ألا ترى أنهم يمنعون عنده من وطء جواريهم للشرك الذي للمسلمين معهم، وأنهم إن أرادوا الرجوع بمن معهم من الرقيق أو بما معهم من الأموال قبل البيع أخذ منهم العشر من ذلك كله وانطلقوا بما بقي، وقد قال سحنون في نوازله من كتاب القراض في النصراني يقارب النصراني فيشتري المقارض بمال القرار خمرا أو خنازيرا ثم يسلم صاحب المال: إن ذلك مصيبة نزلت به، وينظر إلى قدر فضل النصراني فيها فأعطاه منها، ويهراق ما صار

للمسلم، فإذا قال هذا في مال القراض مع أن من حجة صاحب المال أن يقول: إنما عارضته بمال ولم أقاربه بخمر فأنا أنتظر حتى ينضم المال فآخذ رأس مالي وحصتي من الربح، فأحرى أن يقوله في مال الحربي الذي قدم للتجارة بأمان، فإنما يصح قول سحنون في هذه المسألة على قول ابن وهب في سماع أصبغ من كتاب التجارة إلى أرض الحرب، وما لأشهب في كتاب ابن المواز من أن أهل الحرب إذا قدموا للتجارة لا يؤخذ منهم ما صالحوا عليه من عشر أو غيره حتى يبيعوا كأهل الذمة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجلين لهما دين بصك واحد على رجل، فشهد أحدهما أنهما قد تقاضيا دينهما ذلك؟

قال سحنون: أرى شهادته على شريكه ساقطة لما يريد أن يدفع عن نفسه من رجوع صاحبه عليه، وأرى أن يرجع على شريكه بما ينوبه ويرجع المشهود عليه بتمام حقه على غريمه، ولا يكون للشاهد الرجوع على أحد.

قيل لسحنون: وترى شهادته ساقطة كان المشهود عليه مليئا أو معدما؟

قال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا بين على ما قاله، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تجوز شهادة خصم [1] ولا ظنين ولا جار لنفسه ولا دافع مغرم "؛ فهو إذا شهد على شريكه في الدين أنه قد قبض حقه منه كما قبض هو يدفع عن نفسه بشهادته عليه ما يجب له عليه من الرجوع عليه بنصف ما قبض وتغريمه إياه ذلك، وإذا بطلت شهادته عنه ورجع عليه لم يكن له هو الرجوع على الذي كان عليه الدين كما قال؛ لأنه مقر أنهما قد استوفيا حقهما منه فلا شيء لهما قبله، وسواء على ما قال كان المشهود عليه مَليًا أو معدما؛ لأن له الرجوع عليه في الحالتين جميعا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل كان له دين على رجل فقال له قبل محل الأجل: اقضني من ديني خمسين دينارا وأنا أضع عنك ما بقي، فلم يعلم بمكروه ذلك إلا بعد الأجل أو

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٩٢٢٢، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٥١٢٦، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٤٩٢٠، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٠٢١٠.

قبل حلول الأجل؟

قال: إن علم بذلك قبل حلول الأجل ردّ ما كان أخذ منه وكان المال إلى أجله، وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الأجل فإن ربّ الحقّ يرجع بما وضع عنه عليه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، وهو مما لا إشكال فيه؛ لأن تعجيل بعض الحقّ قبل حلول أجله على أن يوضع عنه بقيته سلف جر منفعة، وذلك ربى عند مالك وعامة أهل العلم، مقيس على الربى المحرم في التنزيل على ما أجمع عليه أهل التأويل، وهو أن يؤخره بدينه بعد حلول أجله على أن يزيده فيه، فإذا عثر على ذلك قبل حلول الأجل ردّ إليه ما عجل له؛ لأن التمادي على ذلك إلى الأجل حرام، وإن لم يعثر على ذلك حتى حل الأجل رجع عليه ببقية حقه، لأن إسقاطه عنه على أن يعجل له ما عجل ربى ولم يرد عليه شيئا مما عجل له، لأن ذلك قد فات، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: أرأيت إن كان لرجل على رجل ثلاث مائة درهم كل مائة منها في صك على حدة؛ منها صك قرض، وصك منها كفالة عن رجل، وصك منها كفالة عن رجل آخر، ودفع المطلوب منها إلى الطالب مائة من أيها تكون؟

قال: إن قال الذي عليه الحقّ قضيت حقّ فلان، وقال الطالب: ما قبضت منك إلا مبهما، رأيت أن يكون ثلث ما قبض عن كل صك، لأنه كان يقتضيه إياها كلها وهي حالة، وإن كان قضاه إياها ومنها الحال والآجل فهي من الحقّ الحالي وليست من الآجل، وليس يقبل قول القاضي: إنما قضيتك حقّ فلان؛ لأنه الآن يحابي من أحب منهم، ولو أنه حين أتاه بالمال قال: أقضيه حقّ فلان كان القول في ذلك قول القاضي؛ لأنه مال يقضي القاضي أيها شاء إلا أن يكون المطلوب مخوفا فيكون المال بينهم. وكذلك لو مات الطالب قبل أن يبين من أي شيء اقتضى كان المال على الصكوك كلها إذا كانت حالة، وإن ادعى القاضي غير ذلك.

قال: فإن ماتا جميعا فكذلك يكون أيضاً.

قال محمد بن رشد: في بعض الكتب ولو أنه حين أتاه بالمال قال: أقضيك حقّ فلان كان القول في ذلك قول الطالب لأنه مال فيقتضي القابض أنه شاء، والأول أصح؛ لأن القاضي وهو الدافع أملك بالقضاء، فوجب أن يكون من حقه أن يدفع أيها شاء إذا نازعه الطالب في ذلك عند القضاء، وأما إذا اختلفا بعد القضاء فقال القاضي: إنما قضيتك حقّ فلان، وقال الطالب: ما قبضت منك إلا مبهما فالقول قول الطالب مع

يمينه يحلف ما قبض إلا مبهما، ويكون ذلك مفروضا على الصكوك كلها، ولا يصدق الدافع القاضي لأنه منع ويتهم أيضاً بمحاباة الذي يدعي أنه قضى عنه، وكذلك لو قال الطالب: إنما قبضت حقّ فلان، وقال القاضي: بل قضيتك مبهما كان القول قوله مع يمينه، ومضى ذلك على الصكوك كلها، ولو اختلفا فقال الطالب: إنما دفعت إليّ حقّ فلان، وقال القاضي: بل دفعت إليك حقّ فلان لوجب أن ينفض ذلك على الصكوك جميعا بعد يمين كل واحد منهما على دعواه أو نزولهما جميعا عن اليمين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر عن اليمين كان القول قول الحالف منهما، وهذا كله على قياس قول ابن القاسم في هذه الرواية، ومذهبه في المدونة، وروايته عن مالك فيهما، وقد قيل: إن القول قول القاضي المقتضي، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة، وقد قيل: إن القول قول القاضي الذي عليه الحق، وهو قول ابن كنانة، ورواية محمد بن صدقة عن مالك في المدنية، فسواء على هذين القولين ادعيا البيان جميعا أو ادعى أحدهما البيان والآخر الإبهام يحلف على القول الواحد الطالب على ما يدعي من البيان أو على ما يدعي من الإبهام، فإن حلف على ما يدعي من الإبهام فض ذلك على جميع الصكوك، ويحلف على القول الثاني المطلوب على ما يدعي من البيان أيضاً، أو على ما يدعي من الإبهام، فإن حلف ما يدعي من الإبهام فض ذلك على جميع الصكوك، فإن نكل عن اليمين حلف الآخر، وكان القول قوله على حكم المدعي، والمدعى عليه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عمن أوصى عند موته لرجل بألف درهم، وقال: لي عنده عشرون دينارا فاقتضوها منه، فأخبر الموصى له بالوصية، وسئل عن العشرين فتبرأ وأنكر أن يكون له قبله شيء وطلب الوصية؟

قال سحنون: يحاسب في الألف بالعشرين ثم يكون له ما بقي.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة، والقول فيها في رسم البيوع الأول من سماع أشهب من هذا الكتاب فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

تم كتاب المديان والتفليس والحمد لله.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلّم

كتاب الرهون الأول

من سماع ابن القاسم بن مالك من كتاب الرطْب باليابس

أخبرني محمد بن عمر بن لبابة قال: أخبرني العتبي قال: قال سحنون: قال عبد الرحمن بن القاسم: قال مالك في الرجل يبعث مع الرجل بالثوب يرهنه ويأمره بشيء، فيزداد لنفسه بغير علم صاحب الثوب [1]، فلما حل الأجل طلب المرتهن عشرة، فقال ربّ الثوب: ما دفع إليّ إلا خمسة، وما أمرته إلّا بذلك، فأقر الرسول أو أنكر، فقال: يؤخذ من صاحب الثوب الآمر العشرة إن كان ثمن الثوب ذلك، وتكون الخمسة لصاحب الثوب قبل رسوله، فإن زعم أنه دفعها إليه كلها، حلف وبرىء، وإن أنكر أن يكون أخذ من المرتهن إلا خمسة، كان الغرم كله على صاحب الثوب أيضاً، وكان على الرسول اليمين بالله ما أخذها، ويبرأ. قال سحنون وعيسى بن دينار: إذا قال: إنما أمرته بخمسة، وقال الرسول: ما ارتهنته إلا بخمسة، فإن كان للراهن بينة أنه أمره بخمسة غرم خمسة وأخذ رهنه، ولم يكن للمرتهن على الرسول إلا يمينه بالله ما رهنه إلا بخمسة، ويبرأ، وإن لم تكن له ببيّنة، وإنما هو قوله وقول الرسول، وقال المرتهن: ارتهنتُه بعشرة، فالقول قول المرتهن فيما بينه وبين أن يحيط بالرهن مع يمينه، ثم يقال لصاحب الرهن افْدِ رهنك بقيمته أو دعه بما فيه، فإن كان الذي ادعى المرتهن أكثر من ثمن الرهن، أُحْلِف الرسول بالله ما رهنته إلا بخمسة ويبرأ، ولا يكون لصاحب الرهن ولا للمرتهن أن يتبعاه بشيء، فإن قال الرسول: رهنته بعشرة، وما أمرني الراهن أن أرهنه إلا بخمسة، فكان لصاحب الرهن بينة، أنه إنما أمره بخمسة، غرم خمسة، وأخذ رهنه،

---

(١) وَقَالَ الْمَشَذَّالِيُّ: أُخِذَ مِنْهُ أَنَّ مَنْ لَهُ دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ، وَقَدْ أَخَذَ بِهِ رَهْناً أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ لَهُ فِي زَكَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَاوٍ، وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَكَذَا عِنْدِي لَوْ أَعَارَ رَجُلٌ شَيْئاً لِمَنْ يَرْهَنُهُ فِي دَيْنٍ عَلَيْهِ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَا يَفُكُّ بِهِ مَا أَعَارَهُ وَلَا يُتَّهَمُ أَنَّهُ قَصَدَ نَفْعاً؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَعْرُوفَيْنِ، انْتَهَى.
وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدِي، وَاللهُ أَعْلَمُ. مواهب الجليل ٦/ ٢٧٠.

واتبع الرسول المرتهن بخمسة، وإن لم تكن له بينة، وله البينة على أن الرهن له، أحْلف أنه لم يأمره إلا بخمسة، ثم، غرم قيمة الرهن إن كانت أدنى من عشرة، وأخذ رهنه، واتبع المرتهن الرسول بما نقص من العشرة، واتبعه الراهن، بما غرم فوق الخمسة. قال: وإن قال الرسول: أمرتني بعشرة، وقال الآمر: ما أمرتك إلا بخمسة، كأن القول قول الرسول مع يمينه، وقيل لهذا آفتك رهنك أَو دعْه، فإن فداه لم يتبع الرسول بقليل ولا كثير، إذا حلف أنه أمره بعشرة.

قال الإمام القاضي: قول مالك في أول هذه المسألة: إذا طلب المرتهن عشرة، وقال ربّ الثوب: لم آمره إلا بخمسة، إن العشرة تؤخذ من صاحب الثوب إذا كان ثمنه ذلك. أقرَّ الرسول أو أنكر، معناه، أقر الرسول أنه رهنه بعشرة أو أنكر، وزعم أنه إنما رهنه بخمسة، وهو صحيح، لأن الرهن شاهد لمرتهنه بمبلغ قيمته، فالقول قوله مع يمينه أنه ارتهنه بعشرة، ويأخذ العشرة من صاحب الثوب، ويرجع صاحب الثوب على الرسول، فإن كان مقرا أنه رهنه بعشرة، فاستزاد الخمسة لنفسه، أخذها منه، وإن ادعى أنه إنما رهنه، فالعشرة له، ودفعها إليه، فالقول قول مع يمينه على ذلك، وفي تصديقه على أنه قد دفع العشرة إليه اختلاف كثير، قيل: إنه يصدق مع يمينه، قرب أو بعد، وقيل: إنه لا يصدق بحال، وقيل: إنه يصدق في القرب مع يمينه، وفي البعد دون يمين، وقيل: إنه لا يصدق في القرب ويصدق في البعد مع يمينه. وإن أنكر وزعم أنه إنما رهنها بخمسة، لم يكن عليه إلا اليمين ويبرأ وإذا أقر الرسول أنه رهنها بعشرة، وإن الخمسة استزادها لنفسه فرضى المرتهن أن يتبعه بالخمسة، سقطت عنه اليمين.

والمسألة كلها صحيحة مبنية على أصل مالك ومذهبه، في أَن الرهن شاهد لمرتهنه إلى مبلغ قيمته، إذا كان قائماً بيده، أَو بيد من جعلاه على يده على اختلاف في ذلك، أعني في كونه شاهداً له إذا لم يكن بيده، وإنما جعلاه على يدي عدل بدليل قول الله عزْ وجل ﴿وإنْ كنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَة﴾ [البقرة: ٢٨٣] لأنه تعالى لما جعل الرهن عوض التوثق بالكتاب، والإشهاد عند عدم الكتاب، وجب أَن ينوب منابه في بعضِ أحواله، وهو ما ذهب إليه مالك رحمه الله، من أن يكون شاهدا له إلى مبلغ قيمته، قيل ويستحق ذلك في ذمة الراهن، وهو قول مالك في هذه الرواية يؤخذ من صاحب الثوب الآمر، العشرة، دينار، خلاف لقول مالك في هذا. وفيما سواه تفسير له.

قولهما فإن كان للراهن بينة أنه أمره بخمسة، غرم خمسة، وأَخذ رهنه، ولم يكن

للمرتهن على الرسول إلا يمينه بالله ما رهنته إلا بخمسة، ويبرأ، صحيح لا اختلاف فيه، لأن الراهن إذا أخذ رهنه خرج من الرهن، ولم يبق بيد المرتهن ما يكون له شاهداً على دعواه وقولهما: وإن لم تكن له بينة، وإنما هو قوله، وقول الرسول وقال المرتهن ارتهنته بعشرة، فالقول قول المرتهن فيما بينه وبين أن يحيط بالرهن مع يمينه صحيح أيضاً لا اختلاف فيه في المذهب، لأن الرهن إنما هو شاهد للمرتهن بقيمته، وأما قولهما ثم يقال لصاحب الرهن آفْد رهنك بقيمته أودعه بما فيه، فقد ذكرنا أن ذلك خلاف لما تقدم من قول مالك.

وقوله: فإن كان الذي ادعى المرتهن أكثر من ثمن الرهن، يريد مثل أن يكون قيمة الرهن ثمانية، فيدعي أنه ارتهنه منه بعشرة، حلف الرسول بالله ما رهنته إلا بخمسة، ويبرأ، ولا يكون لصاحب الرهن ولا للمرتهن أن يتبعاه بشيء، يريد ويحلف المرتهن، لقد ارتهنته بعشرة، فيستحق بيمينه قيمة الرهن، ويبرأ صاحب الثوب بيمين الرسول الراهن فيما زاد على قيمة الرهن، لأن رسوله بمنزلته، لو كان هو الراهن، ولو نكل الرسول عن اليمين لغرم الخمسة تمام العشرة التي حلف المرتهن عليها، لأنه ضيع بتركه الإِشهاد، وإن نكل المرتهن عن اليمين، وحلف الرسول، لم يكن له إلا الخمسة التي حلف عليها الرسول قبل صاحب الثوب، والقول قول الرسول أنه دفعها إليه إن أنكر أن يكون قبضها منه وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك.

وقولهما: فإن قال الرسول رهنته بعشرة، وما أمرني الراهن أن أرهنه إلا بخمسة، فكان لصاحب الرهن بينة، أنه إنما أَمره بخمسة، غرم خمسة وأخذ رهنه، واتبع الرسول المرتهن بخمسة، صحيح لا اختلاف فيه، لأن الراهن إذا أخذ رهنه خرج من الرهن، ولم يبق بيد المرتهن ما يكون له شاهدا على دعواه، حسبما ذكرناه. وقولهما: وإن لم تكن له بينة وله البينة على أن الرهن له، احلف أنه لم يأمره إلا بخمسة ثم غرم قيمة الرهن إن كانت قيمته أدنى من عشرة، وأخذ رهنه. واتبع المرتهن الرسول بما نقص من العشرة، واتبعه الراهن، يريد صاحب الثوب الآمر بالرهن بما غرم فوق الخمسة صحيح، وبيانه: أن الرسول قد أقرَّ أنه رهنه بعشرة، وإن صاحب الثوب لم يأمره إلا بخمسة، فإن أراد المرتهن أن يتبع صاحب الثوب بالخمسة التي أقر أنه تعدى فيها، لم يكن عليه يمين، وإن أراد أن يتبع صاحب الثوب بقيمة الرهن، والرسول ببقية العشرة، كما قال، لم يكن ذلك له إلا بعد أن يحلف أنه رهنه إياه بعشرة، فإن نكل عن اليمين لم يكن له قبل صاحب الثوب إلا الخمسة التي أمر بها، ويتبع الرسول بالخمسة التي أقر له

بها وإذا حلف وأخذ من صاحب الثوب قيمته، كان لصاحب الثوب أن يرجع على الرسول بما غرم زائداً على الخمسة، لإقراره أنه لم يأمره إلا بخمسة، وأنه تعدَّى في الخمسة الأخرى فهذا بيان قوله هذا. وقولهما قال: وإن قال الرسول أمرتني بعشرة وقال الآمر:- ما أمرتك إلا بالخمسة، كان القول قول الرسول مع يمينه. وقيل لهذا آفد رهنك أو دعه، فإن لم يتبع الرسول بقليل ولا كثير، إذا حلف أنه أمره بعشرة صحيح، إلا أن فيه إقالاً، يفتقر إلى شرح البيان ذلك، أن الرسول يحلف لقد أمره بالعشرة التي رهنتها به، ولقد دفعها إليه، فجمع ذلك في يمين واحدة، وقيل بل يحلف يمينيْن، فإذا حلف كان صاحب الثوب مخيراً بين أن يَفتكَّ ثوبه بقيمته، أَو يُسلمه، ولم يكن له على الرسول شيء لأَنه قد حلف أنه أمره بعشرة، ودفعها إليه، ويرجع المرتهن على الرسول ببقية العشرة التي أقر بقبضها منه إن كانت قيمة الثوب أقل من عشرة، ولو ادعى المرتهن عشرين، وأقر الامرُ بخمسة، وقال الرسول خمسة عشر، وقيمة الثوب عشرة، فليحلف المرتهن، ثم يحلف ربّ الثوب، فإن شاء الآمر ثوبه فليرد عشرة، ثم يحلف الرسول يمينين ويغرم خمسة التي زادت على قيمة الثوب، لأنه أقر أنه قبض من المرتهن خمسة عشر، ويحلف للآمر يميناً لقد أوصل إليه عشرة، وأخرى للمرتهن، ما قبضت منك إلا خمسة عشر. قال ذلك في كتاب ابن المواز، وهو صحيح على أصولهم. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك من ارتهن زرعاً فعجز عنه صاحبه، فقال صاحب الزرع: زدني مالا آخر أصلح به زرعي ليلا، فأبى، فأخذ مالا من غيره، فأَصلح به زرعه حتى انتعش، قال: يبدأ الذي أسلفه على المرتهن الأول في الزرع حتى يستوفي حقه[1].

قال محمد بن رشد: هذا نص ما في كتاب الرهون من المدونة في هذه المسألة، ومعناها: إذا أذن المرتهن في ذلك للراهن. وفي كتاب ابن المواز لملك أن الأول يبدأ

(١) مِن الْمُدَوَّنَةِ قَالَ مَالِكٌ: مَنْ ارْتَهَنَ ثَمَرَ نَخْلٍ أَوْ زَرْعاً قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِمَا أَوْ بَعْدُ جَازَ ذَلِكَ إذَا حَازَهُ الْمُرْتَهِنُ أَوْ عَدْلٌ يَرْضَيَانِ بِه، وَيَتَوَلَّى مَنْ يَحُوزُ سَقْيَهُ وَعِلَاجَهُ وَأَجْرُ السَّقْيِ فِي ذَلِكَ عَلَى الرَّاهِنِ كَمَا أَنَّ عَلَيْهِ نَفَقَةَ الدَّابَّةِ وَالْعَبْد، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَأْخُذَ النَّخْلَ مَعَ الثَّمَرِ وَالْأَرْضَ مَعَ الزَّرْعِ لِيَتِمَّ لَهُ الْحَوْزُ، ثُمَّ لَا يَكُونُ رَهْناً فِي قِيَامِ الْغُرَمَاءِ إلَّا التَّمْرَ أَو الزَّرْعَ خَاصَّةً، وَانْظُرْ إذَا تَرَكَ الْمُرْتَهِنُ إكْرَاءَ الشَّأْنِ إكْرَاؤُهُ مِنْ عَبْدٍ أَوْ غَيْرِهِ كَالْوَكِيلِ عَلَى الْكِرَاءِ يَتْرُكُ ذَلِكَ، هَلْ عَلَيْهِمَا غُرْمٌ؟ وَانْظُرْ إنْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ أَجْرَ قِيَامِهِ بِالرَّهْنِ وَاقْتِضَائِهِ غَلَّتَهُ. التاج والإكليل ٤٣٤/٧.

ثم الثاني. ولكلى القولين وجه. فوجه القول الأول أن المرتهن لما أذن للراهن أن يستسلف ما يصلح به الزرع ليلاً يهلك، فقد رضي بتبدئته على نفسه، وصار حائزاً له. ووجه القول الثاني أن المرتهن الأول قد جاز الزرع لنفسه، فلا يخرج مقدار دينه منه عن يده، ويكون فيه حائزاً لغيره إلا بإفصاح وبيان، وحسبه أن يكون بإذنه في ذلك حائزاً للثاني ما فضل عن حقه، ولو لم يأذن له في ذلك لوجب أن يكون الثاني أسوة الغرماء فيما فضل من الرهن عن حقّ المرتهن الأول وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في رجل باع من غلام له سلعة بدين وارتهن منه رهناً فلحق العبد دين. قال: إن كان دين السيد معروفاً ببينة، وكان دينه بقدر مال العبد، فهو أحقّ بالرهن، وإن كان على غير ذلك، ولو قامت له بينة، لم أر أن يكون أحقّ به من الغرماء. قال عيسى: قال ابن القاسم: أرى أن يفسخ للبائع رهنه، لأنه لم يكن ذلك على وجه الرهن، وإنما هو على وجه التالي، فيحاص بقيمة ما باع عبده الغرماء، فيما ارتهن وفيما بقي من ماله، ولا يكون أولى بالرهن فيما له عليه، لأنه كان أوله غير جائز، والأجنبي لا يشبهه، لأن الأجنبي لو باع جارية قيمتها خمسون ديناراً بألف دينار، وارتهن رهنا، وكان مشتريها من غير أهل السلعة، جاز ذلك، والسيد ليس كذلك في عبده، فهذا فرق ما بين مبايعة السيد عبده، والأجنبي لم يروها سحنون. قال سحنون: إذا تبين في ذلك محاباة، وارتهن به رهناً، كان أولى بالرهن بقيمة السلعة التي باع منه، ولا يكون أولى بالرهن بقيمة السلعة التي باع منه، ولا يكون أَولى بالرهن بالزيادة التي ازدادها على قيمة سلعته، ولكنها تسقط الزيادة، وتثبت منه قدر قيمة السلعة ويكون أولى بالرهن بتلك القيمة من الغرماء.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى القول فيها مستوفىً في أول سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس، فمن أحب الوقوف عليه تأمله هنالك.

وفي قوله والأجنبي لا يشبهه، لأن الأجنبي لو باع جارية قيمتها خمسون ديناراً بألف دينار، وارتهن رهناً، وكان مشتريها من غير أهل السفه جاز ذلك، ما يدل على أنه لا قيام على بيع المكايسة بالغبن ولا أعرف في المذهب في ذلك نص خلاف، وكان من الشيوخ من يحمل مسألة سماع أشهب، الواقعة في أول رسم منه على الخلاف، ويتأول منها وجوب القيام بالغبن في بيع المكايسة، لقوله فيها: إن كان هذا المال رابحاً كثير الفضل على ما باعه إياه، لا يشبه تغابن الناس في البيوع، فأرى أن يرد عليه ماله

ويقضيه دينه، ويقع عليه الحنث، ليس ذلك عندي بصحيح، لأنه إنما رأى له الرد بالغبن من أجل اضطراره إلى البيع مخافة الحنث على ما ذكر في الرواية. وهذا من نحو تضعيفهم وكالة الراهن من المرتهن على بيع الرهن، حسبما يأتي القول عليه في الرسم الذي بعد هذا إن شاء الله.

وقد حكى بعض البغداديين على المذهب وأراه ابن القصار، أنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث، وليس ذلك بصحيح لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يَبِعْ حَاضر لِبَادٍ، دَعُوا النَاسَ يَرْزُقِ الله بَعْضَهُم مِنْ بَعْضٍ " (١). وفي قوله صلى الله عليه وسلم " غَبْنُ الْمُسْتَرْسِلِ ظُلْم " (٢) دليل انه لا ظلم في غبن المسترسل، وما لم يكن فيه ظلم، فهو حقّ لا يحب القيام به. وقد استدل بعض الناس على ذلك بقوله عليه السلام في الأمة "إن زنتْ فَبِيعُوهَا وَلَوْ بِضفِيرٍ (٣) " وبقوله لعمر بن الخطاب رضي الله عنه " لا

(١) أخرجه البخاري (٢٠٢٨)، وأخرجه مسلم (٢٨٠٨)، وأخرجه الترمذي (١١٤١)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨٦)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٤١)، وأخرجه ابن ماجه (٢١٦٨)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٣٥٩)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٤٤٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٧٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٨٩١)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧١٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠٩٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٩٨)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (١٢٩)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٩١٢)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٤٥٨)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٩٦٩)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٤١٨)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٤٤١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٣٠٣٥)، وأخرجه الطبراني في معجمه الصغير (٤٦٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٧٦١٠)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٧٣٦٢)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٠٩٤)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٥٨٧)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٩٢).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠١٠١)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣٣٥٨)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٧٤٥٥)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٥٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٢٠)، وأخرجه مسلم (٣٢٢٢)، وأخرجه الترمذي (١٣٥٠)، وأخرجه أبو داود (٣٨٧٩)، وأخرجه ابن ماجه (٢٥٥٨)، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه (٢٢٥٢)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٤٩١)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٦٢١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٥٣٦)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٩٩٣)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٩٢٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٧٣٠)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤٤٩٥)، وأخرجه البزار في مسنده (٣٢٠٨)، وأخرجه الطبراني في
=

تَشْتَرِهِ وَلَوْ بَاعَكَهُ بِدِرْهَمٍ " وهذا لا دليل فيه، لأنه خرج على التقليل مثل قوله في إلا البخاري، ورواه البخاري في كتاب البيوع من طريق ابن عباس هكذا " لَا تَلَقَّوُا الركبانَ،ولا يَبِعْ حَاضِر لِبَادٍ" [١]، فقيل لابن عباس: ما قوله: لا يبيع حاضر لباد، قال: لا يكون له سمسارا.

مسألة:

وقال مالك في رجل ارتهن رهناً: داراً أو غلة، ثم قال المرتهن للراهن: استأجرني أتقاضى لك، وآخذ الخراج وأتقاضى لك بإجارة معلومة، فما اجتمع من مالٍ فضل عن إجارتي حبَسته، فكلما حل شيء من حقي اقتضيته لمحله.قال مالك: لا بأس به إذا لم يتعجل القضاء إلا لمحله، ولم يكن في أصل البيع شرط [٢].

=

مسنده (٣٥٧٠)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٩٧)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٣٢٢١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٧٠٢)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٩٠٢٦)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٥٠٥٥)، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع (١١٥)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣١٠٦)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٩٤٠).

(١) أخرجه البخاري (٢٠٢٨)، وأخرجه مسلم (٢٨٠٨)، وأخرجه الترمذي (١١٤١)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨٦)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٤١)، وأخرجه ابن ماجه (٢١٦٨)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٣٥٩)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٤٤٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٧٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٨٩١)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧١٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠٩٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٩٨)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (١٢٩)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٩١٢)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٤٥٨)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٩٦٩)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٤١٨)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٤٤١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٣٠٣٥)، وأخرجه الطبراني في معجمه الصغير (٤٦٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٧٦١٠)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٧٣٦٢)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٠٩٤)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٥٨٧)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٩٢).

(٢) فِي الرَّهْنِ يَجُوزُ غَيْرَ مَقْسُومٍ قُلْت لِابْنِ الْقَاسِمِ: مَا قَوْلُ مَالِكٍ فِي الرَّهْنِ، أَيَجُوزُ غَيْرَ مَقْسُومٍ أَمْ لَا يَجُوزُ إلَّا مَقْسُوماً مَقْبُوضاً؟ قَالَ: يَجُوزُ غَيْرَ مَقْسُومٍ إذَا قَبَضَهُ صَاحِبُهُ وَحَازَهُ مَعَ مَنْ لَهُ فِيهِ شِرْكٌ وَكَانَ يُكْرِيهِ وَيَلِيهِ مَعَ مَنْ لَهُ فِيهِ شِرْكٌ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَقْسُومٍ، وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ، فِيمَنْ ارْتَهَنَ رَهْناً فَلَمْ يَقْبِضْهُ حَتَّى قَامَ الْغُرَمَاءُ عَلَى الرَّاهِنِ. التاج والإكليل ٤٢٩/٧.

قال الإمام القاضي: يلزم على أصولهم أن يكون ما يقتضي مطبوعاً عليه، حتى يحل نجم من حقه، فيقتضيه، ويطلع على الباقي حتى يحل نجم آخر هكذا أبدا.

وقوله ولم يكن في أصل البيع شرط أي لم يشترط عند عقد الصفقة أنه يستوفي دينه من الخراج، لأن هذا لا يجوز، إذ هو مجهول، وإذ لا يدري لعل الغلة لا تصح، إلا أن يشترط عليه ضمان ذلك، على ما وقع في آخر رسم الرهون من سماع عيسى بعد هذا. وإنما شرط ألا يتعجل القضاء، لأنه يخاف أن يكون أرخص عليه في الأجرة، ليعجل له بالقضاء، فيدخل له، ضَعْ وتَعجَّلْ. وكذلك لو تقاضى له الخراج دون أجر، على أن يستوفيه من دينه قبل محله، لم يجز إذ كان في اقتضائه عناء. وقد أجاز في كتاب حريم البير من المدونة أن يأذن راهن الدار لمرتهنها بعد عقد البيع أن يكريها ويأخذ حقه من كرائها، ومعنى ذلك إذا كان الدين حالاً أو لم يكن في ذلك عناء. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال له لو أن رجلاً قال لرجل أراد أن يضع على يديه رهناً لرجل ويسلفه أو يبيعه قد حزت لك رهنك وقبضته، فدفع بقوله: إنه ضامن.

قال ابن القاسم: وذلك رأيي، إنه ضامن لقيمة الرهن الذي أراد أن يرهنه.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله، لا إشكال في أنه ضامن لقيمة الرهن لأنه قد غره. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله شك في طوافه

وسئل مالك عن الرجل يرهن الرجل الرهن، ويقول له: إن لم آتك بحقك إلى كذا وكذا من الأجل، فأنت موكل ببيعه، وتستوفي حقك، ويشهد له بذلك، قال مالك: لا يباع الرهن إلا بإذن السلطان، كان على يدي أحد، أو على يدي صاحب الرهن، وهو مما يكتبونه في رهونهم، إنه ليس في حرج وما أشبهه. وهذا كله فيه لا يباع رهن، اشترط فيه بيع إلا بأمر السلطان، وشَدَّد في ذلك وقال: لا يباع رهن اشترط فيه بيع إلا بأمر السلطان. قال ابن القاسم: وقد بلغني عن مالك أنه قال: إذا أصاب وجه البيع إنه يمضي، فات أو لم يفت، ثم قال: إذا كان ذلك شيئاً تافهاً رأيت أن يمضي البيع، فات أو لم يفت، وإن كان شيئاً له بال، مثل الدور والأرضين وما أشبه ذلك، ردّ إذا لم يفت وأحب قوله إلى أن يمضي البيع إذا أصاب وجهه وكان تافهاً أو شيئاً له بال، لان صاحبه قد ضمن وباع المرتهن ما أذن له فيه فأرى البيع له جائزاً إذا أصاب وجه البيع،

فات أو لم يفُت.

قال محمد بن رشد: الرهن وثيقة في يد المرتهن بحقه، وهو باق على مِلْكِ ربه، فليس له أن يبيعه إلا بإذنه، فإن أدى وغاب، رفع أمره إلى السلطان فباعه له عليه بعد أن يثبت عنده الديْنُ والرهن. واختلف هل عليه أن يثبت عنده ملك الراهن له؟ على قولين، يتخرجان على المذهب، وذلك عندي إذا أشبه أن يكون له، وأما إذا لم يشبه أن يكون له، مثل أن يرهن الرجل حلياً أو ثوباً لا يشبه أن يكون من لباسه ولا من تجارته، أو ترهن المرأة سلاحاً أو ثوباً لا يشبه أن يكون من لباسها، فلا يبيعه السلطان حتى يثبت عنده مِلك الراهن له، فإن لم يكن في البلد سلطان، أو كان وعسر الرفع إليه باعه بحضرة العدول، وجاز البيع على الراهن، ولم يكن له على المشتري فيه سبيل، إلا أن يكون باعه بأقل من قيمته، فيكون له أن يأخذه بالثمن الذي اشتراهُ به، وهذا في العُروض، وأما العقار والأصول فله أن يأخذها من المشتري بالثمن، إذا لم يبعها السلطان، وإنما باعها هو بحضرة العدول، وإن استقصى الثمن وباع بالقيمة، وقال أشهب: إن كان مقتاة أو قضبا أو ثمراً يُجْنَى شيئاً بعد شيء، فيخشى عليه الفساد، فبَيْعُ المرتهن له جائز، دون مؤامرة السلطان، ولا ملا، ولا جماعة. وقوله عندي مفسر لما تقدم. وقد حمله بعض الناس على أنه خلاف لمذهب مالك في رواية ابن القاسم عنه في المدونة وغيرها، واختلف إن شرط المرتهن على الراهن في أصل العقد أنه موكل على بيع الرهن، مثل أن يقول: أبيعك بكذا إلى أجل كذا، على أن ترهنني كذا، وأنا موكل على بيعه دون مؤامرة سلطان، أو يقول له بعد أن حل دينه عليه: أؤخرك بديني إلى أجل كذا، وعلى أن ترهنني كذا وأنا موكل على بيعه دون مؤامرة سلطان أو يقول له بعد أن حل دينه عليه: أؤخرك بديني إلى أجل كذا، على أن ترهنني كذا وأنا موكل على بيعه دون مؤامرة سلطان على قولين: أحدهما إن ذلك جائز لازم، ليس له أن يفسخ وكالته ولا يعزله عن بيعه، لما لَه في ذلك من الحق، وهو إسقاط العناء عنه في الرفع إلى السلطان، إد أدى به، وإسقاط الإثبات عنه إن أنكر وكان غائباً، وهو قول إسماعيل القاضي، وابن القصار، وأبي محمد عبد الوهاب. والثاني إن ذلك لا يجوز ابتداء، وله أن يعزله. واختلف على هذا القول إن باع قبل أن يعزله على ثلاثة أقوال. أحدها إن ذلك جائز جملة من غير تفصيل بين الأصول والعُروض، وهو قول مالك الأول الذي بلغ ابن القاسم على ما وقع هنا وفي المدونة، واختيار ابن القاسم هنا، وهو قول أصبغ. وهذا إذا أصاب وجه البيع، وأما إن باع بأقل من القيمة، فيكون للراهن أن يأخذه من

المشتري بالثمن الذي اشتراهُ به، فإن تداولته الأملاك كان له أن يأخذه بأي الأثمان شاءَ على حكم الشفيع يأتي بعد أن تداولت الأملاك بالبيع في الشقص. والثاني إن ذلك جائز في العروض، إذا أصاب وجه البيع، ومردود في الأصول، وإن اصاب وجه البيع، ما لم تفت، يريد بما يفوت به البيع الفاسد في العروض، من حوالة الأسواق فما فوقه، فإن فات بشيء من ذلك مضت، ولم يكن للراهن عليها سبيل، وإن كانت قائمة بيد المشتري لم تفت بوجه من وجوه الفوت، كان للراهن أن يأخذها بالثمن، وهو قول مالك الثاني الذي رجع إليه هاهنا. والثالث إن ذلك جائز في العُروض إذا أصاب وجه البيع، ومردود في الأصول، فاتت أو لم تفت، وهو قول أشهب، لأنه قال: إن فاتت كان بائعها ضامناً. ومعنى قوله عندي: إنَ له أن يأخذها حيث وجدها، وعلى أي حال وجدها بالثمن الذي باعها به الراهن، واستوفاه لنفسه في حقه. ويكون الرجوع بالدرك عليه إن كان في ذلك درك، مثل أن يجد الدار في يد المشتري مهدومة، وقد اشتراها قائمة بمائة، وقيمتها مهدومة على ما وجدها عليه خمسون، فيدفع إلى المشتري المائة التي اشتراها به، ويرجع على البائع بخمسين، وإن وجدها عند مشترٍ اشتراها من المشتري من الراهن بأكثر من الثمن الذي باعها به الراهن، أخذها من المشتري الثاني بالثمن الذي اشتراها به المشتري الأول من الراهن، وانتقض البيع الثاني فيها، فرجع المشتري الثاني الذي أُخذت من يده الدار، ببقية ثمنه، على الذي باع منه وهو المشتري الأول.

وانما وقع هذا الاختلاف في توكيل الراهن للمرتهن، على بيع الرهن عند حلول الأجل، من غير مؤامرة سلطان، من أجل أنها وكالة اضطرار، لحاجته إلى ابتياع ما اشترى أَو إلى استقراض ما استقرض أو إلى التأخير بما حل عليه من الدين بعد حلوله، ولأن الرهن لا يباع على الراهن إلا إذا أدى في بيعه أو بعد غيبته، ولم يوجد له مال يقضى عنه الدين منه فيحتاج إلى البحث عن ذلك وعن قرب غيبته من بعدها، وذلك ما لا يفعله إلا القاضي، فأشبه ذلك حكمه على الغائب. ولو طاع الراهن للمرتهن بعد البيع وقبل حلول أجل الدين بأَن يرهنه رهناً ويوكله على بيعه عند حلول أجل دينه دون مؤامرة سلطان لجاز ذلك باتفاق، لأن ذلك كله معروف من الراهن المرتهن في الرهن والتوكيل على البيع. وبالله التوفيق.

ومن كتاب شك في طوافه

قال: وسئل مالك عن رجل هلك وعنده سيف رهناً فجاء صاحبه إلى الورثة فقال:

إنما رهنته بدينار، وقال الورثة لا علم لنا بما رهنته، إلا أن سيفك قيمته خمسة دنانير، قال: أرى أن يحلف ويأخذه.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله لأن الورثة يُنَزَّلُون منزلة موروثهم، فإذا لم يَدَّعُوا علم ما ارتهنته به، كانوا بمنزلة موروثهم لو كان حياً، فقال: لا أدري بكم ارتهنته، أو أعرف، إلا أني لا أريد أن أحلف، ووجب أن يكون القول قول الراهن فيما يقرأنه رهنه به، وإن كان ذلك أقل من قيمة الرهن، ولو ادعوا علم ما ارتهنه به موروثهم، لوجب أن يكون القول قولهم إلى مبلغ قيمة الرهن. وهذا إذا أقر الورثة بالرهن، أو قامت للراهن به بينة، ولو ادّعى أنه رهن ولم يكن له على دعواهُ بينة، فقال الورثة: لا علم لنا بما تدعيه، وإنما وجدنا هذا المتاع في تركة موروثنا، ولا نعلم لك فيه حقاً، لوجب أن يحلف على ذلك من كان منهم كبيراً يظن به علم ذلك على اختلاف في ذلك، إن لم يدع الراهن عليهم العلم، فإن نكلوا عن اليمين على القول بوجوبها عليهم، حلف الراهن، لقد علموا ذلك، على اختلاف في ذلك أيضاً. وأما إن ادعى الراهن عليهم العلم، فلا اختلاف في وجوب اليمين عليهم ولا في وجوبها على الراهن إذا نكلوا عن اليمين، وكذلك لا اختلاف في وجوب اليمين على الورثة، ولا في ردها على الراهن إذا أنكروا الرهن وكذبوا الراهن، وادعوا أنهم يعرفون ملك السلعة لموروثهم.

وستأتي هذه المسألة في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من هذا السماع، بزيادة، وفى رسم إن أمكنتني من سماع عيسى. وتأتي أيضاً في رسم أسلم منه وفي آخر رسم الرهون منه عكس هذه المسألة إذا مات الراهن، فتداعا ورثته مع المرتهن وسنتكلم عليها إذا مَررنا بها إن شاء الله. وبه التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم وسمعت مالكاً قال: ولو رهنته بخمسة، فقضيته أربعة، وبقي دينار، فكان السيف يساوي خمسة، لم يأخذه حتى يغرم الخمسة، إنما كان على الميت اليمين، وقد سقطت عنه حين مات، فلا يأخذه حتى يؤدي الخمسة، من رواية عيسى عن ابن القاسم، وأما سحنون فلم يروه عن أحد وقد أجازه برأيه (١).

---

(١) فِي رَجُلٍ وَكَّلَ رَجُلاً يَرْهَنُ لَهُ وَيَأْتِيهِ بِالسَّلَفِ فَادَّعَى الْآمِرُ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِأَقَلَّ مِمَّا قَالَ الْمَأْمُورُ وَادَّعَى أَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ الدَّرَاهِمَ وَقَالَ الْمَأْمُورُ: قَدْ دَفَعْتُهَا إِلَيْهِ قُلْتُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنِّي دَفَعْتُ إِلَيْهِ رَجُلٍ ثَوْباً لِيَرْهَنَهُ فَفَعَلَ فَلَمَّا جِئْتُ أَفْتَكُهُ قَالَ الرَّسُولُ: قَدْ رَهَنْتَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ وَقَدْ دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ، وَقَالَ الْآمِرُ: =

قال ابن القاسم: وإنما ذلك للإقرار بأصل الدين.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: وكان السيف يساوي خمسة، لا فائدة له، لأن الغرم يلزمه، كان يساوي خمسة أو أقل أو أكثر، لإقراره أنه رهن بخمسة، وادعائه أنه قد قضي الأربعة، ويلزم من كان مالكاً أمر نفسه من الورثة أن يحلف ما علم أن الميت قبض الأربعة التي ادّعى أنه دفعها إليه، على اختلاف في لزومها له، وفي وجوب ردها عليه، إلا أن تحقق عليه الدعوى بالعلم، فتجب عليه اليمين ويكون له ردها باتفاق.

وقد مضى بيان هذا قبل هذا وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كانت له جارية، ولها بنتٌ صغيرة بنت ست سنين أو أقل، فأراد سيدها أن يرهن الصبية من رجل، ويخرج بأمها إلى بلدٍ وهي جارية يطؤها ويستمتع منها، وتخدمه، قال مالك: لا خير في ذلك، إلا أن تكون قد أثغرت وكأنه رأى إذا لم تُثْغِر إثغاراً يعجل عليها وضرب لذلك مثلاً فقال: ابنة مخاض، وابنة لبون، ليْستا سواء، كلها بنات المخاض، ولا بنات اللبون، وقال له رجل: إنه لا يبيعها، وهو يفتكها، قال: ليس هذا بشيء أرأيت لو مات في سفره أو فلس ألم يبعها الغريم في حقه؟ ليس يصلح هذا. قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا خير في أن يرهن الرجل عبده ابن أمته الصغير، ويخرج بأمه إلى بلد آخر، صحيح، لا إشكال فيه، إذ لا كلام في أنه لا يجوز أن يفرق بين الوالدة وولدها في الحوز وإن جمعهما الملك، وإنما الكلام هل يفرق بينهما في

=

مَا أَمَرْتُكَ إِلَّا بِخَمْسَةٍ وَقَبَضْتُهَا مِنْكَ أَوْ قَالَ: لَمْ أَقْبِضْهَا مِنْكَ.

قَالَ: إذَا أَقَرَّ بِالرَّهْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ إذَا كَانَ الرَّهْنُ يُسَاوِي مَا قَالَ الْمُرْتَهِنُ، فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَقْبِضْ مِنْكَ شَيْئاً وَقَدْ أَمَرْتُكَ أَنْ تَرْهَنَهَا وَقَالَ الرَّسُولُ: قَدْ رَهَنْتُهَا وَدَفَعْتُ إلَيْك الذَّهَبَ كَانَ الْقَوْلُ أَيْضاً قَوْلَ الرَّسُولِ فِي الدَّفْعِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ فِيمَا رَهَنَ بِهِ إذَا كَانَ قِيمَةُ الرَّهْنِ مِثْلَ مَا قَالَ قُلْتُ: وَلِمَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الرَّسُولِ إذَا قَالَ الْآمِرُ: لَمْ أَقْبِضْ مِنْكَ شَيْئاً؟ قَالَ: لِأَنَّهُ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهِ وَمِثْلُ مَا لَوْ قَالَ لَهُ: بِعْ لِي هَذِهِ السِّلْعَةَ فَبَاعَهَا وَقَالَ: قَدْ دَفَعْتُ إلَيْكَ الثَّمَنَ وَقَالَ الْآمِرُ: لَمْ تَدْفَعْ إلَيَّ شَيْئاً كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ لِأَنَّ مَنْ بَاعَ سِلْعَةً فَإِنَّ لَهُ قَبْضَ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قِيلَ لَهُ بِعْ وَاقْبِضْ، وَإِنَّمَا قِيلَ لَهُ بِعْ فَسُنَّةُ مَنْ بَاعَ أَنَّهُ يَقْبِضُ فَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي الْقَبْضِ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ قَبِلَ وَدِيعَةً لِرَجُلٍ فَقَالَ لَهُ الْمُسْتَوْدَعُ: قَدْ رَدَدْتُهَا عَلَيْكَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالدَّفْعِ إلَى غَيْرِهِ فَيَكُونُ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ مَا عَلَى وَلِيِّ الْيَتِيمِ. المدونة ٤٧٨/٥.

الملك إذا جمعهما الحوز، فأجازوا ذلك في الهبة والصدقة، لما كان طريقها المعروف، ولـم يجيزوه في البيع لما كـان طريقه المكايسة، وكذلك لو رهنه عبده الصغير، لم يجز أن يحوزه إياه وحده دون أمه وإن لم يخرج بها عن البلد. وإذا رهن الرجلُ الرجلَ عبده الصغير دون أمه، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه: أحدها أن يرهنه إياه بشرط أن يجوزه إياه دون أمه والثاني أن يرهنه إياه على أن يجوزه إياه مع أُمه. والثالث أن يرهنه إياه دون شرط، فأما إذا رهنه إياه بشرط أن يجوزه إياه دون أمه، فهو رهن فاسد لا يجوز، ويفسخ، وأما إذا رهنه إياه على أن يجوزه إياه مع أمه، فهو رهن جائز، إلا أنه يختلف هل يكره ذلك ابتداء أم لا؟ فكره ذلك كله مالك في سماع يحيى بعد هذا، ولم ير ابنُ وهب به بأساً، وهو الأظهر، إذ لا يخرج الرهن بارتهانه عن مِلْكِ راهنه، على أن تكون أمه معه في الرهن، فلم يفترقا في ملك ولا حوز، وكرهه مالك لوجهين ضعيفين: أحدهما أنه رأى المرتهن كأنه قد ملك الرهن لما كان أحقّ به من الغرماء، والثاني أنه لما كان لا يجوزأن يباع منفرداً دون أمه، لم يكن فيه من الحقّ إلا ما يقع عليه من الثمن إذا بيع مع أمه، وذلك لا يعرف إلا بعد التقويم، فأشبه ذلك رهن الغرر، إذ قد اختلف فيه حسبما يأتي بيانه في تكلُّمِنا على أول مسألة من سماع أَصبغ إن شاء الله. وأما إذا رهنه إياه دون شرط، فإنه يجبر على أن يحوز معه أمه، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد. بعد هذا، قال: أمه تكون معه في الرهن، لأن معناه أنها تكون معه في الحوز، لا داخلة معه في الرهن ويتخرج في ذلك قول آخر على معنى ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة، وهو أنه إذا أبى الراهن، أن يحوز الأم معه، وأبى المرتهن إلا أن يحوز رهنه أن يُباعا جميعاً من رجل واحد، فيكون للمرتهن رهناً ما ناب الولد من الثمن. وقوله: إن الإثغار ليس بحد لجواز التفرقة إلا إذا لم يعجل، صحيح في المعنى، منصوص عليه في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل عن رجل أسلف رجلاً، سلفاً ورهنه عبداً ووضعه على يدي رجل، وشرط الذي أسلف على الذي وضع الرهن على يديه، أنك ضامن لما أصاب الرهن، فهلك العبد، أتراهُ ضامناً؟ قال: نعم، أراه ضامناً، قيل له: فإن قال: ما نقص رهنك، قال ما أحراهُ أن يضمن، وأراه ضامناً، قال لا: ولكن الآخر أبين، وما أحراه أن يضمن.

قال الإِمام القاضي: قد مضى القول على هذه المسألة مستوفىً في أول رسم، فلا معنى لإِعادته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب طلق ابن حبيب

وسئل مالك عن الرجل يرهن الدار من رجل ويضعها على يديه، ويقتضي غلتها، ويقوم في ذلك، ثم يطلب أن يعطى في ذلك أجراً فيما قام به، قال: من الناس من يكون ذلك له، فأما الرجل الذي مثله يشبه أن يعمل، ومثله يؤاجر نفسه في مثله، فإن طلبه فأَرى ذلك له، وأما من مثله يعين فلا أرى ذلك له (١).

قال محمد بن رشد: هذا نحو ما في رسم جاع فباع امرأته من كتاب الجعل والإجارة، أنه تكون له إجارة مثله إن كان يشبه أن يكون مثله يعمل بالإجارة، وإنما يكون ذلك له بعد يمينه أنه ما قام في ذلك وعني فيه احتساباً، وأنه إنما فعل ذلك ليرجع بحقه فيه، على معنى ما قاله في أول سماع يحيى من الكتاب المذكور، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أخذ يشرب خمراً

قال: وسئل عن رجل رهن رجلاً حائطاً له ووضعه على يدي رجل، فأراد الذي وضع على يديه أن يساقيه صاحبه الذي هو له، قال: أراه عيباً، وأراه قد رهن رهنه وكأنه لا يراه رهناً، فقيل له: أفيساقيه الذي له الدين من الذي وضع على يديه؟ قال: ما أرى بذلك بأساً، قيل له: أفيضع الرهن على يدي ابن الذي له الحائط؟ قال: أراه قد رهن رهنه، وضعفه، وقال: لا يعجبني أن يضعفه على يدي ابنه ولا امرأته ولا أخيه، وقال: هذا وهن للرهن وضعفٌ له، فلا خير فيه. قال سحنون: معناه في الابن أنه صغير، ولو كان كبيراً بائناً عنه جاز.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله: إن العدل إذا ساقى في الحائط الراهنَ

---

(١) وَفِي رَسْمِ طَلَّقَ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِن الرُّهُونِ وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ يَرْهَنُ الدَّارَ مِنْ رَجُلٍ يَضَعُهَا عَلَى يَدَيْهِ وَيَقْتَضِي غَلَّتَهَا، وَيَقُومُ فِي ذَلِكَ، ثُمَّ يَطْلُبُ أَنْ يُعْطَى فِي ذَلِكَ أَجْراً فِيمَا قَامَ بِهِ قَالَ: مِن النَّاسِ مَنْ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ، فَأَمَّا الرَّجُلُ الَّذِي مِثْلُهُ يُشْبِهُ أَنْ يَعْمَلَ بِأَجْرٍ، وَمِثْلُهُ يُؤَاجِرُ نَفْسَهُ فِي مِثْلِه، فَإِنْ طَلَبَهُ، فَأَرَى ذَلِكَ لَهُ، وَأَمَّا مَنْ مِثْلُهُ يَعْنِي، فَلَا أَرَى لَهُ ذَلِكَ ابْنُ رُشْدٍ هَذَا نَحْوُ مَا فِي رَسْمٍ جَامِعٍ مِنْ كِتَابِ الْجُعْلِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى أَنَّهُ يَكُونُ لَهُ إجَارَةُ مِثْلِهِ إنْ كَانَ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ يَعْمَلُ بِالْإِجَارَة، وَإِنَّمَا لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ يَمِينِهِ مَا أَقَامَ فِي ذَلِكَ، وَعَنَى بِهِ احْتِسَاباً، وَإِنَّمَا، فَعَلَ ذَلِكَ لِيَرْجِعَ بِحَقِّهِ فِيهِ عَلَى مَعْنَى مَا قَالَهُ فِي أَوَّلِ سَمَاعِ يَحْيَى مِن الْكِتَابِ الْمَذْكُورِ انْتَهَى. مواهب الجليل ٨/٨٧.

بطل الرهن، وإذا ساقى المرتهن صاحب الدين لم يكن بذلك بأس، لأن الرهن لا يكون رهناً إلا أن يحاز عن الراهن، لقول الله عزْ وجل: ﴿فَرِهانٌ مَقْبوضة﴾ فإذا رجع إلى الراهن بأي وجه كان من مساقاة أو عارية أو إجارة بطل، وإذا رجع من العدل إلى المرتهن لم يؤثر ذلك في صحة الرهن، إذ لو حازه لنفسه من أول لجاز ذلك، لأن حيازته لنفسه أقوى من حيازة غيره له، لأنه إذا حاز لنفسه، كان الرهن شاهداً له على اتفاق في المذهب، وإذا حازه له غيره، لم يكن شاهداً إلا على اختلاف، وهو أحقّ به من الغرماء في الوجهين جميعاً قولاً واحداً، وقول سحنون في الابن، معناه: أنه صغير ولو كان كبيراً بائناً عنه جاز صحيح، مفسر لقول مالك، فقوله: إنه لا يعجبه أن يضعِ الرهن على يدي ابن الراهن، معناه: إذا كان ساكناً معه، وأما إذا كان بائنا عنه غير ساكن معه، فحيازته له جائزة إن كان كبيراً، أو غير جائزة إن كان صغيراً. هذا قول سحنون ها هنا. وقول ابن الماجشون في الواضحة والقياس أن يستوفي الصغير والكبير في أن حيازتهما للرهن جائزة إذا كانا بائنين عنه، كما يستويان في أن حيازتهما ليست بجائزة، إذا كانا ساكنين معه، وكذلك الزوجة والأخ لو كانا بائنين عن الرهن جاز أن يوضع الرهن على أيديهما. وقد نص على ذلك ابن الماجشون في الزوجة، وكذلك إن كانا ساكنين معه، فحازا ذلك في غير موضع سكناهما وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كانت له أذهاب إلى آجال مختلفة، فأراد الذي له الدين أن يبيعه بيعاً، ويرتهن منه رهناً، ويجعل آجالها واحدة في الرهن، قال: لا خير فيه، فقيل له: أفيبيعه بيعاً ويرهنه رهناً ويجعل فيه دينه كله الذي له عليه؟ قال: لا خير فيه، قال ابن القاسم: وإنما كره ذلك، لأن الرجل لو كان له على رجل دين إلى أجل ال له الذي له الحق، هل لك أن أعطيك ديناراً أو دراهم على أن ترهنني بحقي الذي لي عليك أو أضع من حقي الذي عليك، على أن ترهنني، لم يكن في هذا خير، وهو وجهٌ من وجوه الربا، كأنه ازداد في حقه، فإذا باعه بيعا على أن يرهنه رهناً بدين له آخر، فقد صار بمنزلة ما وصفتُ لك، لأنه يضع له من ثمنه على أن يرهنه، وهو أيضاً يشبه الحمالة بالجعل، فالرهن والحمالة في هذا سواء، وهما قول مالك جميعاً.

قال الإِمام القاضي: أما إذا كانت له عليه أذهاب إلى آجال مختلفة فباعه بيعاً على أن يرهنه رهناً بثمن ما باعه منه وبالأذهاب التي له عليه إلى آجال مختلفة، على أن يكون إلى أجل واحد، فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، لأنه يدخله البيع والسلف،

شرط أن تكون الأذهاب حالة، أو إلى أقرب الآجال أو إلى أبعدها، أو مؤخرة عن ذلك، لأنه إن شرط أن تكون معجلة أو إلى أقرب الآجال، كان السلف من المبتاع، وإن شرط أن تكون إلى أبعد الآجال، أو مؤخرة عن ذلك، كان السلف من البائع، ولا يجوز البيع على شرط السلف من أحد المتبايعين، وأما إن باعه بيعاً على أن يرهنه رهنا بثمن ما باع منه، وبالأذهاب التي له عليه إلى آجالها بأعيانها فقال في هذه الرواية: إنه لا خير في ذلك، لأن قوله أفيبيعه بيعاً ويرهنه رهنا ويجعل فيه دينه كله الذي له عليه؟ معناه: يجعله فيه كله إلى أجله، لا يعجله له ولا يؤخره هو عنه، وهو مثل ما في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب السلمِ والآجال. وعلى قياس ما قاله ها هنا من أنه لا يجوز أن يعطيه شيئا، ولا أن يضع عنه من دينه الذي له عليه شيئاً على أن يرهنه به رهناً، لأنه إذا باعه على أن يرهنه، فقد وضع عنه من ثمن ما باعه، على أن يرهنه، وقد أجاز ذلك كله في رسم القضاء المحض من سماع أصبغ من كتاب الكفالة والحوالة، وهو الأظهر، لأن قوله في هذه الرواية: وهو وجه من وجوه الربا كأنه ازداد في حقه، ليس ببيّن، إنما العلة في ذلك الغرر في الرهن، حسبما بيناه في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب السلم والآجال، فيحتمل أن يكون أراد أن الغرر في الرهن، هو الذي ازداده في حقه بما زاد في ثمن السلعة التي ابتاع، أو في قيمة التي باع، فرأى ذلك مما يضارع الربا، وهو بعيد، والأظهر فيه الجواز، والله أعلم. وقوله أيضاً: وهو شبه الحمالة بالجعل، ليس بِشَبهٍ بَيّن، لأن الحمالة بالجعل إنما هي أن يعطي الحميل شيئا، أو يضع عنه شيئا، على أن يتحمل عنه،وإنما أعطى أو وضع للمحتمل عنه على أن يعطيه حميلاً أو رهناً، ولا يظهر للفساد في ذلك وجه، سواء ما بيَّنه في رسم أوصى من سماع عيسى من الكتاب المذكور، والشبه الذي رآه بينهما، هو أنه ابتياعُ غَررٍ في المسألتين جميعاً، إلا أنه في الحمالة بالجعل، غرر في حقّ المتبايعين جميعاً، وفي إعطاء العَرَض على أخذ الرهن غرر من جهة أخذ الرهن، لا من جهة معطيه. والله أعلم.

ومن كتاب كتب عليه ذكر حق

وسئل مالك عن رجل أسلف رجلاً مالاً ورهنه داراً ووضعها على يدي رجل، وقال الذي وضعت على يديه: أنا حميل بما نقص من رهنك، وأسلفه سلفاً آخر، وأرهنه رهناً آخر، ووضع على يدي الرجل الذي وضع على يديه الرهن الأول الذي يحمل له بما نقص من رهنه، فحل أجلهما فقضاهُ بعض حقه، ثم لقيه بعد ذلك فقال: إنما قضيت لك الحقّ في الحمالة التي فيها الرهن، وقد أعلمتك ذلك عند القضاء،

فأنكره ذلك وقال: بل هذا من الآخر. قال: قال مالك: أرى أن يقسم الذي اقتضى بينهما، فإن كان الأول ستين، والآخر ثلاثين، كان قد اقتضى من الأول عشرين، ومن الآخر عشرة، للأول الثلثين، وللآخر الثلث، يقسم عليهم بالحصص إذا كان مثل هذا، فعلى مثل هذا النحو يكون فيه الأمر. قال محمد بن رشد: قوله: إنما قضيت لك الحقّ في الحمالة التي فيها الرهن غلط، وإنما صوابه في الرهن الذي فيه الحمالة، لأن السلفين في كل وَاحد منهما رهن، ولا حمالة إلا في أحدهما وقوله: أرى أن يقسم الذي اقتضى بينهما، يريد بعد أيمانهما، يحلف كل واحد منهما على ما ادعاه، فإن حلفا جميعاً، أو نكلا جميعاً، قسم ما اقتضى بين المالين كما ذكر، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف. ووجه ذلك، أنه لم ير واحداً منهما أشبه بالدعوى فوجب ألا يبدأ أحدهما على صاحبه باليمين، وهذا مثل ما في كتاب الكفالة من المدونة في الجعل، أحدهما من قرض، والآخر من كفالة، ومثل ما في كتاب الرهون منها في الحقيْن يكون في أحدهما رهن دون الآخر. وقد قيل: إن القول قول القابض مع يمينه، وهو قول غير ابن القاسم في كتاب الكفالة من المدونة وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس. وقيل: إن القول قول الدافع مع يمينه، وهو قول ابن كنانة ورواية محمد ابن صدقة بن حبيب عن مالك، وكذلك لو اختلفا عند القضاء، في أي الحقيْن يبدأُ بالقضاء؟ لجرى الأمر فيه عندي على هذا الاختلاف، إلا أنه لا يمين في شيء من ذلك. وقد فرق في سماع أبي زيد، من كتاب المديان والتفليس، بين اختلافهما عند القضاء، وبعد القضاء، على اختلاف وقع في ذلك في الرواية، فانظر ذلك، وانعم النظر فيه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت مالكاً عن الرهن: الدار، أو الغلام يؤاجرُه، أو يكري الدار الذي وضع على يديه الرهن، أَم المرتهن، أم صاحب الدار، أو الغلام قال ليس لصاحب الدار أن يكريها، ولا يؤاجر غلامه، والمرتهن أولى باكرائها من الذي وضعت على يديه ومن صاحبها، وكيف حيازة الرهن أن يكري المرتهن الدار أو الغلام، أو الذي وضعت على يديه؟ وإلا لم تعرف له حيازة حتى يرى يكريها ويرهنه ديون أُخرى، فلا أرى لصاحبها أن يكريها، والحيازة أن يكريها المرتهن، أو الذي وضعت على يديه، إلا أنهم يجمعون له الغلة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، لا اختلاف فيها ولا إشكال في شيء من معانيها، فلا وجه للقول فيها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل رهن رهنا ووضعه على يدي رجل، فاشترط الذي وضع على يديه أنه حميل بما نقص رهنه، فحل الحق، فأمره السلطان أن يبيع الدار في حقه، فبيعت فنقص من حقها وأمره أن توقف بعد البيع شهرين، يطلب بها الزيادة، فقال صاحب الحقّ للذي تحمل له بما نقص من الرهن: قد بيعت الدار، وليس فيها وفاء، فاقضني ما نقص، وقال الحميل: قد ضرب لي أجل شهرين لطلب الزيادة في الدار، فإن وجدت الزيادة وإلا. غرمت إليك، وأبى صاحب الحق. قال: أرى ذلك للذي وضع الرهن على يديه الذي تحمل بما نقص من الرهن أن يؤخر عنه ذلك الشهرين الذين ضرب السلطان.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، وهي مسألة ضعيفة، لأنه ضمن الحميل ما نقص عن حقه. وهو إنما ضمن ما نقص من رهنه.

وقد مضى القول على هذا المعنى مستوفىً في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته. وستأتي هذه المسألة في نوازل أصبغ بزيادة معنى سنتكلم عليه إذا مررنا به إن شاء الله وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل رهن رجلاً جارية إلى أَجل، وهو معسر، فأيسر صاحب الجارية، فقال لصاحب دينه: أنا أعطيك رهناً من هذه الجارية: أصلاً أو داراً أو ما أشبهه، وادفع إليّ الجارية، فإني أريد أن أبيعها، فإنها ليست لي بموافقة، فقال: ليس ذلك إلا برضى صاحب الحق. قيل له: فإنه باعها. قال: إن كان باعها رأَيت أن يعطى المرتهن الثمن في حقه، حل الأجل أو لم يحل، ويمضي عليه البيع [1].

قال محمد بن رشد: قوله: إنه ليس للراهن أن يعوض المرتهن من الرهن الذي رهنه إياه برهن آخر إلا بإذنه ورضاه، بَيّنٌ صحيح لا إشكال فيه، لأنه قد تعين له حقّ في عينه، فهو يقول: لا يخرج من يدي بعوض سواه، وإن كانت قيمته أكثر، لأني أخشى أن يستحق العوض من يدي وأنا أعني في بيعه إن كان أصلاً لا يباع إلا بعد التقصّي في طلب الزيادة فيه.

---

(١) وَمِن الْمُدَوَّنَةِ: مَنْ رَهَنَ جَارِيَةً أَوْ أَوْدَعَهَا فَلَا يَسْتَبْرِئُ إذَا ارْتَجَعَهَا، وَلَوْ ابْتَاعَهَا مِنْهُ الْمُودِعُ بَعْدَ أَنْ حَاضَتْ عِنْدَهُ أَجْزَأَهُ مِن الِاسْتِبْرَاءِ إنْ كَانَتْ فِي بَيْتِهِ لَا تَخْرُجُ، وَلَوْ كَانَتْ تَخْرُجُ إلَى السُّوقِ وَلَمْ يُجْزِهِ (أَوْ أَبْضَعَ فِيهَا وَأَرْسَلَهَا مَعَ غَيْرِهِ). التاج والإكليل ٢٥٦/٦.

وقوله: إن الراهن إذا باع الرهن، يريد بغير إذن المرتهن يعطي المرتهن الثمن في حقه، حل الأجل أو لم يحل، ويمضي عليه البيع، نَصٌ في أنه لا خيار له في أن يفسخ البيع، ومعناه: إذا باعه بمثل حقه فأكثر، إذ لا منفعة له في نقص البيع، بل فيه ضرر عليه وعلى الراهن، وأما إن باعه بأقل من حقه، فله أن ينقص البيع ويبقى له رهناً بحاله، لأنه يقول: أنا أرجو أن ترتفع أسواقه إلى وقت بيعه عند حلول الأجل، أو ينمو إلى ذلك إن كان حيواناً، وأما ما وقع في المدونة من قوله: إن البيع لا يجوز إلا أن يجيزه المرتهن، معناه: إذا باعه بأقل من حقه، أو كان الدين عَرْضاً، إذ لا يلزمه قبض العرض قبل حلوله، إلا أن يكون... ولو كان الرهن عيناً، فباع الراهن الرهن بعرض، لكان المرتهن بالخيار، بين أن يرد البيع أو يجيزه، فيوقف له العرض رهناً إلى حلول الأجل، فليس ما في المدونة بخلاف لهذه الرواية على ما تأولناهُ فيهما وذهب أشهب إلى أن بيع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن إذا لم يجز بيعه بمنزلة عتقه، يُعجل للمرتهن حقه من ثمن الرهن إن كان فيه وفاء أو من مال الراهن إن لم يكن فيه وفاء، ويمضي البيع، ولا يكون للمرتهن خيار في رده إذا تمسك به أحد المتبايعين، وإن لم يكن في ثمنه وفاء بحقه، إذا كان للراهن مال يفي بما نقص من حقه، وإن أجاز بيعه بقي دينه إلى أجله، ووقف له الثمن رهناً إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة يشبه الرهن الذي باع. وذهب سحنون إلى أنه إن لم يأت برهن يشبه الرهن الذي باع، عجل له الثمن، إذ لا فائدة في توقيفه، وهو ظاهر ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة في مسألة النصراني يرهن عبده بعد أن يسلم، لأنه قال فيها. يباع فيقضي الغريم دينه، إلا أن يأتي برهن ثقة، وكذلك روى ابن وهب والحكم عن مالك، أنه يعجل الثمن إذا لم يأت برهن، خلاف قوله في كتاب الرهون من المدونة. قاله فيها في الراهن يبيع الرهن بإذن المرتهن، فقال. لم آذن له في بيعه ليأخذ الثمن، لا فرق بين أن يبعه بإذنه أو بغير إذنه، فيجيز البيع، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الشريكين يكون لهما مال

قال: وقال مالك في رجل دفع إلى رجل رهناً ثم إنه قضاه، ودفع إليه رهنه، ثم جاء صاحب الدين بعد ذلك، يدعي أنه أعطاهُ الرهن، وأنه لم يوفه حقه كله، وقد أعطاه بعضه. قال مالك: أرى أن يحلف الراهن، وشمقط عنه ما ادعاهُ عليه الذي أسلفه.

قال محمد بن رشد: وكذلك لو أنكر المرتهن أن يكون قبض منه شيئاً من حقه، وقال: دفعت إليه الرهن على أن يأتيني بحقه، فلم يفعل، لكان القول قول الراهن على

هذه الرواية، خلاف ما في نوازل سحنون بعد هذا من أن القول قول المرتهن إذا كان قيامه عليه بالقرب، ولا اختلاف بينهم إذا طال الأمر، إن القول قول الراهن، إذ لا فرق بين اختلافهما في جميع الحقّ أو في بعضه، ولكلى القولين وجه، والاختلاف في هذا جارٍ عندي على اختلاف قول مالك في المتابعين يختلفان في الثمن بعد قبض السلعة، فقول مالك هذا على قياس رواية ابن وهب عن مالك: إن القول قول المشتري في الثمن إذا قبض السلعة، وهذا القول أظهر، لأن القبض باب من الايمان. قال الله عزْ وجل: ﴿فإن آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤدِّ الَذِي أُؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ وقول سحنون في نوازله على قياس رواية ابن القاسم عن مالك إنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المشتري السلعة، وهو على خلاف أصله في نوازله من كتاب جامع البيوع، لاختياره فيها رواية ابن وهب، على رواية ابن القاسم. وقد روى ابن القاسم عنه الروايتين جميعاً. ولو لم يقر المرتهن بدفع الرهن إلى الراهن، وادّعى أنه تلف له، فسقط إليه، لكان القول قوله قولاً واحداً إذا كان قيامه عليه بالقرب. وقد مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب المديان، بيان هذا مع نظائر لها هناك. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في رجل تسلف من امرأته سلفاً ورهنها جارية كانت تخدمها، هل يكون ذلك حيازة للرهن أو قبضاً له؟ قال: أَحَبُّ إليّ أن لو جعلها بين غيرها.

قال محمد بن رشد: قوله: أحب إليّ أن لو جعلها بين غيرها، تضعيف منه لحيازتها إياها عنه، لكونها معه في منزل واحد، وهو نحو ما يأتي في سماع أَصبغ من هذا الكتاب، خلاف قول ابن وهب في سماع زونان وخلاف قول سحنون في آخر سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وكذلك اختلف أيضاً إذا تصدق عليها بها أو وهبها وهي معها تخدمها، هل تصح حيازتها لها عنه أم لا؟ على قولين فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك جائز في الرهن والصدقة، وهو قول سحنون في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، لأنه إذا رأى الحيازة عاملة في الرهن، فأحرى أن يراها عاملة في الصدقة. والثاني أن ذلك غير جائز فيهما جميعاً وهو قول مالك في هذه الرواية، وقوله في سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات، لأنه إذا ضعف الحيازة في الصدقة، فأحرى أن يضعفها في الرهن. والثالث الفرق بين الصدقة والرهن، وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ بعد هذا من هذا الكتاب، وكذلك لو تصدقت هي بالخادم التي تخدمها على زوجها، أو رهنته إياها،

بدليل ما وقع في سماع أشهب، من كتاب الصدقات والهبات، من استدلاله بهبتها له، على هبته لها، لأن أيديهما جميعاً على الخادم، فمرة غلب يده، ومرة غلب يدها، والأظهر أن تغلب يده، فيفرق بين أن يكون هو الذي وهبها أو رهنها، أو تكون هي التي وهبتها ورهنته لأن يدهُ أقوَى من يدها، بدليل أنه يختلف قول مالك وابن القاسم، في أن القول قول الزوج إذا اختلفا في متاع البيت، وهو مما يكون للرجال والنساء. وقد قيل: إنه لا يد لها مع الزوج، والقول قوله إذا اختلفا في متاع البيت، وإن كان ذلك من متاع النساء. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في رجل ارتهن في حقه مصحفاً أو كتباً فيها علم، أو سلاحاً، ثم احتاج أن يقرأ في المصحف أو الكتاب، أو نزل به عدوٌ، فاحتاج إلى السلاح، فقال: لا ينتفع بشيء من الرهن.

قال الإمام القاضي هذه الرواية تدل على جواز بيع كتب العلم، خلاف ما في المدونة من أنه كره بيعها، إذ لا يصح أن يرهن ما لا يجوز بيعه بحال، وهو قد أجاز رهنها، إذ لم يمنع إلا من الانتفاع بها بعد رهنها. وقوله: ثم احتاج أن يقرأ في المصحف أو في الكتب، أو يقاتل بالسلاح، ثم احتاج الراهن إلى ذلك، فقال: إنه لا يُنتفع بشيء من الرهن، ولم يبين إن فعل، هل يبطل الرهن بذلك أم لا؟ وفي هذا تفصيل. أما المصحف والكتب، فإن قرأ فيها عند المرتهن دون أن يخرجها من يده، فلا يبطل الرهن فيها بذلك أذن فيها المرتهن أو لم يأذن، إلا أن يكون رهنه إياها على ذلك، وأما إن أخذها من عنده، فقرأ فيها عند نفسه، فإن كان بغير إذن المرتهن لم يبطل الرهن بذلك، وإن كان بإذنه كان ذلك حكم المرتهن لغير الرهن إن قام عليه الغرماء قبل أن يرده كان أسوة الغرماء.

واختلف هل من حقه أن يرده إليه رهناً كما كان أم لا؟ فقيل: ذلك من حقه، وهو قول أشهب في كتبه، وقيل: ليس ذلك من حقه، إلا أن يكون أعاره على ذلك، وهو قول ابن القاسم في المدونة في رسم العتق من سماع عيسى بعد هذا. وقول أشهب أظهر، لأن من حكم العارية أن ترجع إلى المعير بعد انْقضاء أمد العارية إن كان لها أمد، أو بعد أن يمضي من المدة ما يرى أنه أعارها إليه أن لم يكن لها أمد، فإذا رجعت إليه على مذهب أشهب الذي يوجب صرفها إليه، كانت رهناً على حالها الأول.

واختلف إن ردها إليه باختياره على القول بأنه لا يجب عليه ردها، هل يكون رهناً

أم لا؟ على قولين: أحدهما أنها لا تكون رهناً، وهو قول مالك في رسم العتق بعد هذا من سماع عيسى والثاني ألا تكون رهناً على حالها الأول، وهو قول ابن القاسم فيه. والاختلاف في هذا يرجع إلى اختلافهم في الرهن، هل تفتقر صحته إلى التصريح به أم لا؟ فيفتقر إليه على قول مالك هذا. وقول ابن القاسم في المدونة: إن المرتهن لا يكون أحقّ بما أنفق على الرهن من الغرماء، وان قال له الراهن: أنفق على أن نفقتك في الرهن حتى يقول له: أنفق على أن نفقتك الرهن بها أيضاً، ولا تفتقر إليه على قول ابن القاسم ها هنا وقد مضى القول على هذا المعنى في أول سماع أبي زيد، من كتاب المديان والتفليس. وحكم السلاح يقاتل به إلى الراهن حكم الكتب، يقرأ فيها عند نفسه على ما ذكرناه.

وأما انتفاع المرتهن بالرهن فلا يجوز بغير إذن الراهن، ويجوز بإذنه إذا كان ذلك شرطاً في أصل البيع في الدور والأرضين باتفاق. وفي الحيوان والثياب على اختلاف، ولا يجوز ذلك بعد عقد البيع ولا في السلف بحال.

وهذا كله منصوص عليه في المدونة وبالله التوفيق.

ومن كتاب صلى نهاراً

وسئل عن رجل أوصى عند موته أن متاعاً كذا وكذا لفُلان عندي ولم يسم الثمن الذي رهنه به عنده، فسئل صاحب المتاع فقال: صدَق، متاعي عنده رهن بكذا وكذا عشرة دنانير، وقد قضيته خمسة دنانير من ذلك، فقال مالك الرهن: يَسْوَى ذلك، قال: نعم، الرهن يسوى أكثر من ذلك. قال: لا يصدق فيما قال إني دفعت إليه، ولكن يأخذه حتى يدفع إليه العشرة دنانير، ثم قال: أرأيت لو قال قضيته إياها أكان يصدق؟ إنما كانت على الميت يمين. وقد ذهب، وسقطت عنه اليمين حين مات، قيل له: أيحلف الورثة أن أباهم لم يقبض الخمسة؟ قال مالك: إن كان فيهم من يُتهم أنه يعلم ذلك أحلف.

قال محمد بن رشد: سؤال مالك في هذه المسألة السائل، هل يسوى الرهن ما زعم الراهن أنه رهنه به أم لا؟ لا تأثير له في حكم المسألة، لأنه قد أقر أنه رهنه بعشرة، فسواء كان الرهن يُساوي عشرة أو لا يساويها لا يصدق فيما زعم أنه قضاه منها.

وقد مضت هذه المسألة والقول فيها في أول رسم شك في طوافه الثاني قبل هذا فلا معنى لِإعادته. وقوله: إن كان فيهم من يتهم أنه يعلم ذلك أحلِف، هذا على القول بلحوق يمين التهمة دون تحقيق الدعوى. والقولان قائمان من المدونة من كتاب

النكاح والغرر والسرقة. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون: وسألت أشهب عن رجل يهلك، وعنده رهن لرجل، فيقول صاحب الرهن: إنما هو رهن في دينار، وقيمته عشرة دنانير. قال: إن لم يكن أحد يدعي فيه شيئاً ولا يعرف إلا بقول الراهن أُحلِف وأخذ رهنه، فقلت له: فإن كان في عشرة دنانير، وقد قبضت خمسة وبقيت خمسة، قال: أراه ضامناً لعشرة، وأرى على الورثة إن كان فيهم أحد بالغٌ يرَى أن مثله يعلم ما قال الراهن، فاليمين عليه أنه لا يعلم أن أباه اقتضى شيئاً، وأما من كان غائباً أو صغيراً فلا يمين عليهم.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة والتي قبلها سواء. وقد مضى القول فيهما وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

ومن كتاب اغتسل على غير نية

وفي رجل ترك رهناً رأساً وهلك، ولم يكن مال يكفن فيه هل ترى أن يؤخذ من ثمن الغلام ما يكفن به، أم الرهن أولَى؟ قال: أرى أولى من الكفن.

قال محمد بن رشد: قد تكررت هذه المسألة في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس، ومن كتاب الجنائز. ومضى القول عليها في كتاب الجنائز، فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب الأقضية

قال سحنون: قال لي ابن نافع وأشهب: سُئل مالك عمن ارتهن بدين له على رجل عبداً له بعينه ووضعه على يدي ابنه وضمن له ابنه دينه، والابن مع أبيه في منزله، فوثب علي الغرماء يريدون محاصَّتي، فقال له: رهنك ضعيف، وابنه معه في المنزل، والعبد يخدمه، فهم يقولون: لم تحز رهنك، فإن كان ابنه الذي تحمل لك هذا ليس مولى عليه، فهو ضامن لما خس من حقك، إن دخل عليه الغرماء في العبد فذلك لك عليه، وإنما تكتب الحمالات في الرهون مخافة مثل هذا، فأنا أرى ذلك عليه إن لم يكن مولى عليه، فقال له: إن الابن يقول: إنما تحملت لك، وبيدي العبد، فهذا العبد أنا أدفعه إليك وأسلمه بيدك، فقال مالك: ليس ذلك له، وهو لما خس من حقك ضامن.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله من أنَّ الابن ضامن لما نقص من حقه إذا دخل عليه الغرماء في الرهن، من أجل أنه ضمن دينه وفرط في الرهن إذا لم يجزه

عن أبيه الراهن له. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الأمة الحامل ترهن، أيجوز أن يشترط، فيقول: ليس ولدها معها في الرهن؟ قال: لا يجوز ذلك لأحد[1].

قال محمد بن رشد: رأيتُ لبعض أهل النظر، أنه قال: إنما لم يجز أن يُستثني الولد في الرهن، لأنه لا يجوز أن يُستثنى في البيع، وليس ذلك بِبيّن، لأن الأمة الحامل، إنما لم يجز له أن يستثني جنينها لأنه يصير مشترياً للجنين بما وضع من ثمن الأم، فكأنه باع الأمة بالثمن الذي سما فيها وبالجنين الذي اشترطه، فصار بائعاً للأمة، مبتاعاً للجنين في صفقة واحدة، وهذا بيّن على القول بأن المستثنى مُشترَى، وأما على القول بأنه مُبقى على مِلك البائع، فلا علة في ذلك تفسرهُ، وعلى هذا أجازه من أجازه من أهل العلم.

وهذا لا يدخل. في الرهن، لأن الأمة وجنينها باقيان على ملكه، وإن رهن أحدهما دون الآخر، لأنه لما لم يجز أن يرهن الجنين دون أمه ابتاعها على غير قياس، لم يجز أن تُرهن الأم دون الجنين استحساناً أيضاً دون قياس. فهذا وجه المنع من رهن الأمة دون جنينها. وقد كان القياس أن يجوز رهن كل واحد منهما دون الآخر قياساً على جواز رهن الثمرة التي لم تُوبر دون الأصل، ورهن الأصل دونها، وإن كان ذلك لا يجوز في البيع، لأنه غرر، فلا يدخل على التحقيق في رهن الأمة دون جنينها، إلا ما يدخل في رهن الأمة لها الولد الصغير، دون ولدها عند من كره ذلك، فينبغي أن يدخل في رهن الأمة دون جنينها الذي في بطنها، ذلك الاختلاف. وقد مضى تحصيله في رسم شك في طوافه الثاني فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن له على رجل دين، وارتهن منه حائطاً له، وأحلف بالطلاق ليوفينه

---

(١) (وَ) إذَا بِيعَت الْأَمَةُ الْحَامِلُ أَوْ أُعْتِقَتْ فَ (لَا يُسْتَثْنَى) بِضَمِّ الْمُثَنَّاةِ وَفَتْحِ النُّونِ جَنِينُهَا (بِبَيْعٍ أَوْ عِتْقٍ) وَإِذَا سَبَقَ عِتْقُهُ الدَّيْنَ فَلَا تُبَاعُ حَتَّى تَضَعَهُ (وَلَمْ) الْأَوْلَى لَا (يَجُزْ) بِفَتْحِ الْيَاءِ وَضَمِّ الْجِيمِ (اشْتِرَاءُ وَلِيٍّ) أَبٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ إضَافَةِ الْمَصْدَرِ لِفَاعِلِهِ وَمَفْعُولِهِ (مَنْ) أَيْ رَقِيقاً (يَعْتِقُ عَلَى وَلَدٍ صَغِيرٍ) كَأَحَدِ أُصُولِهِ وَإِخْوَتِهِ (بِمَالِهِ) أَي الصَّغِيرِ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِهِ فَلَا يَعْتِقُ عَلَى الصَّغِيرِ، وَسَقَطَ لَفْظُ وَلَدٍ مِنْ نُسْخَتَي الشَّارِحِ وَالْبِسَاطِيِّ وَثَبَتَ بِخَطِّ الْأَقْفَهْسِيِّ "غ " إسْقَاطُ وَلَدٍ أَوْلَى لِيَعُمَّ الْوَلِيُّ الْأَبَ وَغَيْرَهُ أَوْ إنَّ غَيْرَهُ أَحْرَى. منح الجليل ١٠/٢٧٨.

الثمن إلى أجل سماه له، فلما دنا الأجل وخاف الحنث، باعه تلك النخل التي ارتهنه إياها بذلك الدين، ثم قال له: إنما بعته حين خفت الحنث، وأنا أظنه سيرد علي مالي وأقضيه حقه، وقال المشتري: ابتعتُ منك بالشهود والبينة، فقال مالك: أرأيت هذا الذي يطلب ردّ هذا الحائط عليه، أطيِّبُ النفس بالحنث؟ فقيل له: نعم، فقال: إن كان هذا المال مالاً رَابحاً كثير الفضل على ما باعه إياه، لا يشبه تغابن الناس في البيوع، فأرى أن يرد عليه ماله الذي باع، ويقضيه دينه، ويقع عليه الحنث.

قال الإمام القاضي: اعترض ابن دحون هذه المسألة فقال فيها: إنها مسألة ضعيفة، كيف يفسخ البيع للغبن، وذلك جائز بيْن كل متتابعين، إلا من خصته السُّنةُ بالرد؟ لو اشترى رجل من غير مولى عليه ما يساوي مائة درهم بدرهم، لزم ذلك ولم يفسخ، ولم يختلف في ذلك. وقد مضى القول في توجيهها وما يتعلق بها في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن توفي وترك رهوناً لا يُعرف أصحابها، ولا يُدرى كم فيها؟ ولذلك زمان، قال: أَرى أن تباع هذه الرهون، ثم يُحبس ثمنها سنة أَو نحوها ينتظر الخبر، وإن يعرف أصحابها، قيل له: سنة، قال: ليس في ذلك وقت ينتظر فيهم إلا قدر ما يرى، فإن لم يأت لها طالب يستحقها، قبضها الغرماء في حقوقهم، فإن جاء بعد ذلك طالب يستحق شيئاً رجع على الغرماء.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة، لأن المعنى فيها أنه قد علم أنها رهون ببيّنة أو بإقرار الورثة بذلك، وإنما يباع ويوقف أثمانها إذا كان لذلك وجه، مثل أن يخشى الفساد عليها وما أشبه ذلك، وأما إن لم يخش الفساد عليها، فتوقيفها أولى من توقيف أثمانها، إذ قد يحتاج إلى الشهادة على أعيانها، ويريد من استحق منها شيئاً متاعه بعينه، وإذا بيعت ووقفت أثمانها فتكتب صفاتها، فإن جاء من يَدَّعي شيئاً منها فعجز عن إقامة البينة عليه ووصفه، استحقه بيمينه على الصفة، فأخذه ودَى ما أقر أنه رهنه به مع يمينه على ذلك أيضاً. وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له: أرأيت إن جاء غريم لم يكن فيمن علم به الابن من غرماء أبيه، وكان الابن قد دفع إليه مال أبيه، وتحمل بما على أبيه من دين أيغرمه له الابن؟ فإنه يقول: لم أعلم أن هذا عليه، وإنما تحملت بما علمت، قال مالك: إن جاء غريم لم يكن الابن علم به،

فإن الغريم يأخذ ماله على أبيه من ابنه، لأنه قد رضي بذلك. قال الإمام القاضي هذه مسألة مقطوعة، وأصلها في رسم البيوع من سماع أشهب من كتاب المديان والتفليس، وفي رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم منه. وقد غمزت إن كانت التركة عينا والدين عينا، فقيل كيف يجوز للابن أن يسلم إليه عينا ليؤدي عيناً أكثرِ منه إلى وقت، أو يؤدي ذهباً وقد أخذ فضة، أو فضة وقد أخذ ذهباً؟ وقد بينا هذه المسألة في الموضعين المذكورين من كتاب المديان بياناً شافياً، وبينا منه قول مالك فيها بياناً لائحا، ينفي اعتراض المعترض عليه فيها. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثاني

قال وسئل عمن ارتهن أصل حائط، فأصابت الريح نخلاً فطرحتها، فأراد صاحب الأصل أن يبيع الخشب، فمنعه صاحب الرهن، وقال: هي من رهني، فقال: ذلك له، وقد صدق فأرى أن تباع ويوضع الثمن على يدي عدل حتى يحل حقه فيقضيه، لأن من الخشب ما إن تُرك فسد. قلت: أرأيت إن كان خشباً لا يفسد إلى حلول الأجل؟ قال: إن كان من الخشب ما إن تُرك فسد. قلت: أرأيت أن يترك ولا يباع حتى يحل الحق، إلا أن يجتمع رأي صاحب المال وصاحب الأصل جميعا على البيع، فيباع ويوضع الثمن على يدي عدل إلى الأجل، فإن لم يجتمع رأيهما على ذلك، تُرك دين ولم يُبع حتى يحل الأجل.

قال الإمام القاضي: قوله: إن القول قول المرتهن في أن النخل من الرهن، وقد صدق، صحيحٌ لا اختلاف فيه، لأن النخل تَبَعٌ للأصل في الرهن، بمنزلة البيع، إذا باعه الأصل دخل فيه النخل، كذا قال في المدونة: إن النخل تبع للأصل والأصل تبع للنخل، وكذلك قوله: إنه يباع إذا خشي عليه الفساد صحيح، لا اختلاف فيه، لأن تركه حتى يفسد، من إضاعة المالي المنهي عنه، فمن دعا إلى ذلك منهما، كان ذلك له، بخلاف إذا لم يخش عليه الفساد، لا يباع إلا أن يجتمع رأيهما على ذلك، بخلاف المتقارضين يختلفان في بيع سلع القراض. إن الإمام ينظر في ذلك، وإنما قال: إن الثمن يوضع على يدي عدل، وإن كان الأصل بيد المرتهن، لأن من حقّ الراهن أن يقول: أنا لا ائتمنته على الثمن، وإن كنت ائتمنته على الأصل، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي يدخل في الرهن إذا أراد المرتهن أن يكون في يديه وأبى ذلك الراهن، على ما يأتي القول فيه في رسم الصلاة من سماع يحيى. وأما قوله: إنه يكون على يدي العدل حتى يحل الأجل، فمعناهُ إلا أن يأتي الراهن برهن مثله، فيكون من حقه أن يأخذ

الثمن، فإن لم يأت برهن مثله ففي ذلك اختلاف. قيل: إن الثمن يوقف إلى الأجل، وهو قوله ها هنا، وقوله في المدونة في الرهن يبيعه الراهن بإذن المرتهن، إذ لا فرق بين أن يبيعه بإذنه، أو يبيعه بوجه نظر، يحكم له به عليه وقيل: إنه يعجل له حقه، إذ لا فائدة في تأخيره، وهو قول سحنون. ودليل ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة وقول مالك في رسم الأقضية الثالث بعد هذا من هذا السماع، وقول أشهب في سماع أصبغ من كتاب الخدمة، وأما إن باعه بغير إذنه، فلا اختلاف في أنه يعجل له حقه إذا كان فيه وفاء، واختلف إذا لم يكن فيه وفاء، فقيل إنه يعجل له بقية حقه من ماله، بمنزلة العتق، وهو قول أشهب، وقيل: إنه لا يقضي بقية حقه حتى يحل الأجل.

وقد مضى هذا المعنى في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل عن الأمة تُرهن، ولها ولد صغير، بغير ولدها، أجائز هو؟ قال: نعم ذلك الرهن جائز، وقد تُرهن الوليدة ولها أولاد صغار يبيعونه فيكون الرهن جائزاً، فإذا بيعت الوليدة في الرهن، بيع معها ولدها، فكان له في رهنه ثمن الوليدة، ولم يكن له ثمن أولادها في الرهن، إلا أن يفضل فضل عن ثمن الوليدة، فيكون أُسوة الغرماء في ثمنهم. قيل له: ترى! الرهن ماضياً. وإذا بيعت الأم بيع أولادها معها، فقال: نعم إلا أن يشتريها سيد ولدها، قلت له: إنما فلس، قال: تباع بولدها، ثم يكون ثمنها للمرتهن في حقه[1].

قال محمد بن رشد: أجاز مالك في هذه الرواية أن يرهن الرجلُ الرجلَ أمته، ولها ولد صغير، يريد ويكون الولد معها في حوز المرتهن، وكره ذلك في سماع يحيى. وقد مضى القول على ذلك في آخر رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم، إذ لا فرق بين الولد دون الأم أو الأم دون الولد.

وقوله في آخر المسألة إلا أن يشتريها سيد ولدها، لا يستقيم على المسألة التي ذكر، وهو أن تكون الأمة وولدها للراهن الذي عليه الدين، بدليل قوله فيها: إلا أن

---

(١) فِي الْأَمَةِ يُدَبِّرُ سَيِّدُهَا مَا فِي بَطْنِهَا أَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا أَوْ يَرْهَنَهَا قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إنْ دَبَّرَ رَجُلٌ مَا فِي بَطْنِ أَمَتِهِ أَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا أَوْ يَرْهَنَهَا؟ قَالَ: هُوَ كَقَوْلِهِ مَا فِي بَطْنِكِ حُرٌّ.قُلْتُ: أَفَيَكُونُ لَهُ أَنْ يَرْهَنَهَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: نَعَمْ، لِأَنَّ الْمُدَبَّرَةَ عِنْدَ مَالِكٍ تُرْهَنُ. المدونة ٨٦/٤.

يفضل فضل عن ثمن الوليدة، فيكون أُسوة الغرماء في ثمنهم، لأنها لم تخرج عن ملكه والدين عليه، وكيف يشتريها؟ وإنما يبيعها مع ولدها فيما عليه من الدين، أو تباع عليه مع ولدها في التفليس، فيكون أحقّ من الغرماء بما ناب الأم، فإن فضل من دينه فضل عما ناب الأم، كان أُسوة الغرماء فيما ناب الولد. وإنما يستقيم على وجهين: أحدهما أن تكون الأمة وولدها لغير الذي عليه الدين، فيرهن الأم منها دون الولد، عند الذي له الدين، عن الذي عليه الدين، لأن الحكم في ذلك إذا حل الأجل أن تباع الجارية مع ولدها، فيكون للمرتهن ما ناب الأم من الثمن، وللراهن ما ناب الولد منه إلا أن يشاء أن يأخذها بما ينوبها مما يعطى فيها مع ولدها، فيكون ذلك له، وتبقى الجارية على ملكه مع ولدها، ويدفع ما ناب الأم من الثَمن إلى المرتهن، ويتبع به الذي عليه الدين والوجه الثاني، أن يكون الولد لغير الراهن الذي عليه بهبة أو صدقة، مثل أن يكون لرجل فيهب أحدهما لرجل، أو يهب الأم لرجل، والولد لآخر، لأن الحكم في ذلك أن يقرا على ما هما عليه من افتراق الملك، ويُقضى عليهما بأن يجمعا بينهما في حوز واحد، فإن رهن صاحبُ الأمة الأمة فيما عليه من الدين، جاز ذلك، وحاز المرتهن الأمة مع ولدها إن رضي بذلك سيد الولد، وإن لم يرض بذلك كانت الأم عنده مع ولدها، فكان من ذلك حائزاً للمرتهن، فإذا حل الأجل بيعت الجارية مع ولدها من رجل واحد، فكان ما ناب الأم للمرتهن، وما ناب الولد لصاحبه، إلا أن يشتري الأم سيد الولد على ما قال. وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له: أفرأيت الرجل يبيع جاريته من جار معه في الدار، ولها ولد صغير، يختلف إليها، ويكون معها؟ قال: لا أرى ذلك، لا أرى أن يباعا إلا جميعاً في واحد، إن ذلك الجار قد ينتقل ويموت، فتباع الجارية، فلا أرى أن يباعا إلا جميعاً.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا يجوز أن يبيع الرجل أمته دون ولدها الصغير، من جار معه في بيت واحد، صحيح على أصله، في أنه لا يجوز في البيع أن يجمع بينهما في حوز واحد، بخلاف الهبة والصدقة، فإنه أجاز فيهما الجمع في حوز واحد. هذا مذهبه في المدونة. وقوله في المسألة التي قبل هذه: والقياس ألا فرق بينهما، لأن العلة التي اعتل بها في البيع، من أن ذلك الجار ينتقل ويموت، موجودة في الهبة والصدقة، ووجه التفرقة بينهما على ضعفها، أن البيع على سبيل المكايسة، ويمكن رده، والهبة والصدقة على سبيل المعروف، ولا يمكن رده، فاستخف في الهبة والصدقة من الجمع

في حوز واحد لهذه العلة، ما لم يُستحف في البيع. وقال ها هنا في بيع الأم دون ولدها الصغير: لا أرى ذلك، ولم يقل ما يكون الحكم فيه إذا وقع. وقد اختلف في ذلك على قولين: أحدهما أنه بَيْعٌ فاسد، لمطابقة النهي، والثاني أنه ليس ببيع فاسد، لِإمكان زوال المعنى الذي من أجله منع منه، كاشتراء النصراني مصحفاً أو مسلماً. واختلف على القول بأنه بيْع فاسد إذا فات، فقيل: إنه يمضي بالثمن، وقيل: إنه يرد إلى القيمة ويباع عليهما جميعاً من رجل واحد مضى بالثمن أورد إلى القيمة. واختلف أيضاً على القول بأنه ليس ببيع فاسد، فقيل: إنهما يُؤمران أن يجمعا بينهما في ملك أحدهما، فإن أبيا رُد البيع، وقيل: إنهما يُؤمران بذلك، فإن أبيا بيع عليهما، ولم يرد البيع، وقيل: إنهما يؤمران أن يجمعا بينهما في ملك أحدهما، أو يبيعاهما من رجل واحد، فإن أبيا من ذلك ردّ البيع، فالقول الأول على قياس المنع من جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، لأنه على هذا القول إذا أبيا أن يبيع أحدهما من صاحبه، لم يكن بد من ردّ البيع، وإن لم يكن فاسداً. والقول الثاني على قياس إجازة جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، لأنه إذا أمكن أن يجمع بينهما في ملك واحد، بأن يباعا عليهما من رجل واحد، لم يرد البيع، إذ ليس ببيع فاسد، ووجه القول الثالث أنه رأى ردّ البيع أيسر من جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، فحكم بذلك إذا أبيا من الجمع بينهما على حال. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل ابتاع من رجل بيعاً بدنانير إلى ستة أشهر، ورهنه بذلك رهناً قبضه، وحازه، ثم ابتاع بعد ذلك بأيام من رجل آخر بيعاً بدنانير إلى أجل شهر، ورهنه، فضلَّ ذلك الرهن الذي رهنه الأول، وقال له: فلانٌ مبدَّأٌ عليك في الرهن، ثم ما فضل لك رهنٌ بحقك، فحل أجل المرتهن الآخر قبل الأول المبدَّإ عليه في الرهن، فقال مالك: ألم يعلم المرتهن الآخر أن حقّ الغريم الأول إلى ستة أشهر؟ فقيل له: لم يعلم أن أجل حقّ المرتهن الأول إلى ستة أشهر، فقال: أرى أن يباع ويعطى حقه من ثمنه. فقيل له: إذا بيع هذا العبد المرتهن، أيعطى الذي لم يحل حقه جميع حقه، ثم يعطى هذا ما فضل؟ أو يوضع له حقه حتى يحل الأجل، ويعطى المرتهن الآخرما فضل في حقه؟ فقال بل يعطى صاحب الحقّ الذي لم يحل حقه كله، أحبُّ إلي، ثم يعطى هذا ما فضل.

قال محمد بن رشد: لم يذكر في هذه الرواية أن المرتهن الأول علم بما فعل الراهن من رهنه فضلة الرهن الذي بيده لغيره، وقال: إن فضلة الرهن تكون له،

واعترض ذلك ابن دحون فقال: إن ذلك من قوله خارج عن الأصول، كيف يصح أن تكون له فضلة الرهن ولم يقبضها له المرتهن الأول؟ ولا يلزم عندي هذا الاعتراض، لأن المسألة محتملة للتأويل. وقد اختلف فيمن رهن رجلاً رهناً قبضه وحازه ثم رهن فضلتهُ من آخر، فقيل: إن الفضلة تكون له رهناً وإن لم يعلم المرتهن الأول بذلك، وهو قول أشهب في الواضحة وغيرها، وقول ابن القاسم في المبسوطة، وقيل: إنها لا تكون رهناً له، إلا أن يعلم بذلك المرتهن الأول، ويرضى به، وهو المشهور المعلوم من قول مالك في المدونة وغيرها، وهذا إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول، وأما إن كان موضوعاً على يدي عدل فالاعتبار في ذلك إنما هو بعلمه دون علم المرتهن صاحب الحق. ومن مذهب مالك في المدونة أن قبض المحرم قبض للموهوب له وكذلك المودع على مذهبه، وإن لم يعلم خلاف ما في سماع سحنون من كتاب الصدقات والهبات، فالظاهر من مذهب مالك أنه فرق في هذا المعنى بين الرهن والهبة، لأن الرهن أقوى في الحيازة. فيأتي في جملة المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك حيازة في الرهن والهبة، والثاني أن ذلك ليس بحيازة لا في الرهن ولا في الهبة والثالث أن ذلك حيازة في الهبة، وليس بحيازة في الرهن. وفائدة هذا الاختلاف، إنما هو إذا قام الغرماء على الراهن، هل يكون المرتهن الثاني أحقّ بالفضلة من الغرماء أم لا؟ وأما إذا قام المرتهن الأول والثاني على الراهن، ولم يكن له غرماء أو قبل قيام الغرماء، فلا كلام في أن فضلة الرهن تكون له، إذ لا ينازعه فيها أحد، فيتحمل أن يكون إنما تكلم في هذه المسألة على أن المرتهن الثاني، قام يريد قبض فضلة الرهن في حقه الذي حل أو لم يحل بعد حقّ المرتهن الأول، ولا غرماء على الراهن، فلا يلزم على هذا التأويل اعتراض ابن دحون على المسألة. وقول مالك: ألم يعلم المرتهن الآخر، أن حقّ الغريم الأول إلى ستة أشهر؟ يدل على أن القصد بالسؤال، إنما هو إلى هل يكون للثاني أن يأخذ فضلة الرهن، إذ قد حلَّ حقه أم لا يكون ذلك له حتى يحل المرتهن الأول فيأخذ حقه؟ إذ هو مبدَّأ عليه في الرهن، لا إلى هل يكون المرتهن الآخر أحقّ بالفضلة من الغرماء أم لا؟ ولو كان القصد عنده بالسؤال إلى هذا السائل، هل علم المرتهن الأول بذلك ورضي به أم لا؟ على المعلوم من مذهبه، في أن المرتهن لا يكون حائزاً لغيره فضلة الرهن إلا أن يعلم بذلك ويرضى به، ولو علم المرتهن الثاني بأجل المرتهن الأول، لم يبع الرهن له حتى يحل أجله، لأنه على ذلك دخل، وقوله: إنه إذا بيع الرهن يعطى الذي لم يحل حقه كله، ولا يوضع له، إلا أن يحل أجله، معناه:

إذا لم يأت برهن يشبه الرهن الأول، وهو خلاف ما مضى في رسم الأقضية الثاني من هذا السماع، مثل قول سحنون، وظاهر ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة ويشبه أن يقال في هذه المسألة: إنه يعجل للمرتهن فيها حقه باتفاق، ولا يكون للراهن أن يأتي برهن آخر، لأنه أدخل على المرتهن بيع رهنه، فأشبه ذلك إذا باع الرهن بغير إذن المرتهن، وهو الأظهر، وما يبقى من الرهن بعد أن يباع منه بحق الأول مجهول، فيقوم من هذه المسألة جواز رهن الغرر في أصل البيع، وقد اختلف في ذلك، والقولان قائمان من المدونة، يقوم ذلك من اختلاف قول مالك وابن القاسم فيها في المرتهن يشترط في أصل البيع الانتفاع بالرهن، وهو ثياب أو حيوان وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يرتهن من الرجل رهناً بعشرة دنانير، ويشهد أن على ذلك شهوداً عدولاً، ثم يأتي صاحب الرهن إلى المرتهن سرّاً، فيزداد منه فيه خمسة دنانير، فإذا تقاضاه حقه قال: إنما رهنتك الرهن بعشرة دنانير، وقال الذي في يديه الرهن، بل رهنتنيه بخمسة عشر ديناراً، جئتني سرّاً، فازددت مني فيه خمسة دنانير، فقال مالك: على الذي في يديه الرهن بذلك البينة، وإلا حلف الراهن ما ازداد منه فيه شيئاً، وكان القول قوله في الخمسة دنانير التي تداعيا فيها. قيل له: أرأيت الذي يرهن الرجل رهناً بلا بينة، ثم يتداعيان فيه، فيقول الذي في يديه الرهن: ارتهنته بخمسة عشر، ويقول الراهن: بل رهنه بعشرة دنانير؟ قال: فالقول قول الذي في يديه الرهن، ويحلف، ويقبل قوله، وليس هذا مثل الأول الذي سأل عنه الرجل. قلت: أليس إنما يكون في هذا القول قول الذي في يديه الرهن ويحلف إذا كانت قيمة الرهن مما ادعا فيه المرتهن؟ قال لي: إنما يصدق الذي في يديه الرهن في مثل هذا فيما بينه وبين قيمة الرهن، وليس هذا مثل الأول.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة مفسرة لجميع المسائل، إنما يكون القول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة الرهن على مذهب مالك وأصحابه إلى أن الرهن شاهد لمرتهنه إلى مبلغ قيمته، وخالفه أهل العراق فقالوا: القول قول الراهن، لأنه مدعى عليه، والمرتهن مدع، وليس قولهم بصحيح، إذ ليس كل مدعى عليه يكون القول قوله، بل قد يكون القول قول المدعي إذا كان له دليل على دعواه، والقرآن دليل لمالك رحمه الله في هذه. وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الكتاب. ومن أهل العلم من قال: إن القول قول المرتهن وإن ودعا أكثر من قيمة الرهن وهو قول شاذ. ففي المسألة

ثلاثة أقوال وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى بن دينار: قال ابن القاسم في العبد المرتهن يجرح: إن المرتهن أولى بجرحه حتى يستوفي حقه لأن ذلك نقص من رقبته. قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، لأن ما يغرمه الجارح ثمن ما نقص منه.

وأما ما يغرمه الجارح في الجراح التي لها ديات، ولا ينقص من قيمته شيئاً، مثل المأمُومَة، والمُنَقِّلَة، والمُوضِحَة والجَائفة فهي للسيد، ولا حقّ للمرتهن فيها، إلا أن ينقص ذلك من قيمته، فيكون له مما أخذ السيد قدر ما نقص من قيمته. وبالله التوفيق. اللهم لطفك [١].

ومن كتاب العرية

وسألته عن الرجل يأمر الرجل أن يرهن له رهناً بدينارين، فذهب فرهنه له بخمسة، فجاءه صاحب الرهن يطلب رهنه، فقال المرتهن: ارتهنته بخمسة وقال صاحب الرهن: إنما أمرته بدينارين، وقال الرسول: إنما رهنته بدينارين. قال: إن كان لصاحب الرهن بينة إنما أمره بدينارين، غرم دينارين وأخذ رهنه، ولم يكن للمرتهن على الرسول إلا يمينه بالله ما رهنته إلا بدينارين ويبرأ وإن لم تكن له بينة، وإنما هو قوله وقول الرسول. وقال المرتهن: ارتهنته بخمسة دنانير، فالقول قول المرتهن فيما بينه وبين أن يحيط بالرهن مع يمينه، ثم يقال لصاحب الرهن آفْدِ رهنك بقيمته أو دعْه بما فيه، فإن كان الذي ادعى المرتهن أكثر من ثمن الرهن، احلف الرسول بالله ما رهنته إلا بدينارين، ثم يبرأ، ولا يكون لصاحب الرهن ولا للمرتهن أن يتبعاه بشيء، قلت: ولم لا المأمومة هي الجناية التي بلغت أم الرأس، وهي الدماغ أو الجلدة الرقيقة عليها. اسم فاعل من نقل مشدد القاف، وهي التي تخرج منها صغار العظام، وتنتقل من أماكنها، وقيل: التي تنقل العظم أي تكسره.

---

(١) ابْنُ رُشْدٍ: هَذَا كَمَا قَالَ وَهُوَ لَا خِلَافَ فِيهِ أَنْ لَا يَغْرَمَ لِلْمَجْرُوحِ ثَمَناً مِمَّا نَقَصَ مِنْهُ بِخِلَافِ مَا يَغْرَمُهُ الْجَارِحُ فِي الْجِرَاحِ الَّتِي لَهَا دِيَاتٌ، وَلَا تَنْقُصُ مِنْ قِيمَتِهِ مُعَيَّناً مِثْلُ الْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ فَهِيَ لِلسَّيِّدِ، وَلَا حَقَّ لِلْمُرْتَهِنِ فِيهَا إِلَّا أَنْ تُنْقِصَ مِنْ قِيمَتِهِ فَيَكُونُ لِلْمُرْتَهِنِ مِمَّا أَخَذَهُ السَّيِّدُ فَإِنَّ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ ا هـ نَقْلُ ابْنِ عَرَفَةَ، وَنَقْلُ ابْنِ رُشْدٍ أَوَّلُ مَسْأَلَةٍ مِن السَّمَاعِ. التاج والإكليل ٤٥٧/٧.

اسم فاعل من أوضح. وهي التي توضح العظم وتكشفه.

هي الطعنة تبلغ الجوف.

يتبع المرتهن الرسول بثلاثة دنانير، إذا أقام صاحب الرهن البينة أنه إنما أمره بدينارين، والرهن يساوي خمسة؟ لم لا يصدق المرتهن فيما بينه وبين أن يحيط بثمن الرهن، فيكون لهذا رهنه يغرم الدينارين، ويرجعُ المرتهن فيتبع الرسول بثلاثة دنانير، إذا كانت قيمة الرهن خمسة دنانير كما ادعى المرتهن؟ قال: لأن الرسول إنما يدعي أنه رهنه بدينارين فالمرتهن مدع قبله بثلاثة دنانير، لأن الرهن الذي كان يصدق عليه فيه قد أخرجه صاحب الرهن من يديه، فكل رهن استحق في يدي المرتهن، فأخرج من يديه، فالقول قول الراهن فيما يزعم أنه رهنه مع يمينه، ألا ترى أن مالكاً قال: لو أن رجلاً رهن عند رجل عبداً فمات العبد في يديه، وقيمته عشرون ديناراً، فقال المرتهن: ارتهنه بعشرة دنانير، وقال الراهن رهنته بدينارين، كان القول قول الراهن مع يمينه إذا مات العبد، ولا يلتفت إلى قيمة العبد يوم مات، ولو أن رجلاً مات وفي يديه رهن يوم مات، فقال لورثته: هذا الرهن لفلان، ولم يُسمِّ بكم رهنه، ثم مات، كان القول قول الراهن مع يمينه، ولا يلتفت فيه إلى قيمة الرهن، وكل وديعة أو عارية أو شيء من الأشياء رهنه رجل فاستحقه صاحبه في يدي المرتهن، بوجه من الوجوه، حتى أخرجه من يده، فالقول قول الراهن فيما زعم أنه رهنه به مع يمينه، ولا يلتفت إلى الرهن، وإن من قول جميع العراقيين، إن القول قول الراهن، في الرهن، وإن كان الرهن قائماً في يدي المرتهن لم يستحقه أحد، لأنهم يرون أن المرتهن مدع فكيف يرى أيضاً أن القول قول المرتهن إذا خرج من يديه؟ فهذا هو الصواب إن شاء الله.

قلت: فإن قال الرسول رهنته بخمسة، وقال المرتهن ارتهنته بخمسة، وقال صاحب الرهن: إنما رهنته بدينارين، قال: إن كان لصاحب الرهن بينة، أنه إنما أمره بدينارين، غرم دينارين، وأخذ رهنه، واتبع المرتهن الرسول بثلاثة دنانير، وإن لم تكن له بينة على ما أمره به وهو مدع أنه أمره بدينارين، وله البينة على أن الرهن له، والرسول يقول: إنما أمرتني بدينارين، ورهنته بخمسة، أُحلِف أنه لم يأمره إلا بدينارين، ثم غرم قيمة الرهن إن كانت قيمته أدنى من خمسة دنانير، وأخذ رهنه، واتبع المرتهن الرسول بما نقص من الخمسة دنانير، واتبعه صاحب الأصل بما غرم فوق الدينارين التي زعم أنه رهنه بهما، وإن كان قال الرسول: أمرتني بخمسة، وقال الآمر: لم آمرك بدينارين، كان القول قول الرسول مع يمينه، وقيل لهذا: آفْدِ رهنك أو دعْه. فإن فداه لم يتبع الرسول بقليل ولا

كثير، إذا حلف أنه أمره بخمسة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أول سماع ابن القاسم، والأصل فيها أن الرهن شاهد لمرتهنه إلى مبلغ قيمته إذا اختلف مع الراهن فيما رهنه به عنده، والرهن قائم بيده، أو بيد من جعلاه على يده، لمْ يستحق ولا تلف تلافاً لا يلزمه غيره، ولا يخلو اختلافُهما من أربعة أحوال: أحدها: أن يدعي المرتهن أكثر من قيمة الرهن، والراهن أقل من قيمة رهنه، والثاني: أن يدعي المرتهن قيمة الرهن فأقل، والراهن أقل من ذلك والثالث أن يدعي المرتهن أكثر من قيمة الرهن والراهن قيمة الرهن. والرابع أن يدعيا جميعاً أكثر من قيمة الرهن.

فأما إن ادعى المرتهن أكثر من قيمة الرهن، والراهن أقل من قيمته.

مثال ذلك أن تكون قيمته عشرة، فيدعي المرتهن أنه ارتهنه بخمسة عشر، ويقول الراهن: بل رهنته إياه بخمسة، فالحكم في ذلك أن يقال للمرتهن: احلف لقد أرهنته بخمسة عشر، فإن حلف على ذلك، قيل للراهن: احلف لقد رهنته إياه بخمسة، فإن حلف على ذلك، فقيل إنه يلزمه غرم قيمة الرهن، ويأخذ رهنه، وهو ظاهر قول مالك في أول سماع ابن القاسم، وقيل: إنه يكون مخيراً بين أن يفتك رهنه بالعشرة، وبين أن يتركه للمرتهن بما فيه، وهو المشهور من قول ابن القاسم، وروايته عن مالك، لأن الرهن لا يشهد على ما في الذمة، وقيل: إنه يكون مخيراً بين أن يترك الرهن بما فيه أو يفتكه بالخمسة عشر التي حلف عليها المرتهن، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى بعد هذا من هذا الكتاب.

وأما إن ادعى المرتهن قيمة الرهن بأقل، وقال الراهن: بل رهنته إياه بأقل من ذلك. مثال ذلك أن تكون قيمة الرهن عشرة، فيدعي المرتهن أنه ارتهنه بعشرة أو بثمانية، ويقول الراهن: بل رهنته بخمسة، فالحكم في ذلك أن يحلف المرتهن، لقد ارتهنته منه بعشرة أو بثمانية، فإن حلف بذلك لزم الراهن، أداء ذلك إليه على قياس ظاهر قول مالك في أول سماع ابن القاسم، وأما على المشهور من قول ابن القاسم، وروايته عن مالك، من أن الرهن لا يكون شاهداً إلا على نفسه، لا على ما في الذمة، بدليل أنه لو تلف تلافاً ظاهراً لم يكن للمرتهن شاهداً، فيقال للراهن: إما أن تؤدي للمرتهن ما حلف عليه، وتأخذ رهنك، وإلا فاحلف وابرأ.

وأما إن ادعى كل واحد منهما أكثر من قيمة الرهن، أو ادعى المرتهن أكثر من قيمة الرهن، وادعى الراهن قيمة الرهن، فلا اختلاف في المذهب في أن القول قول الراهن.

وبالله تعالى التوفيق. اللهم لطفك.

ومن كتاب أوصى بوضع نجم من نجومه

وسئل عن رجل باع من رجل بيعاً، وارتهن منه رهناً وشرط المرتهن على الراهن عند عقده البيع، أنه يجعل الرهن على يدي عدل، ثم زعم المرتهن أن الرهن ضاع عند الذي وضعه على يديه، وصدقه الذي زعم أنه وضعه على يديه، وقال الراهن: لم تضعه على يدي أحد، وإنما هلك عندك، وليس للمرتهن بينة على أنه وضعه على يدي الذي زعم أنه وضعه على يديه، إلا قوله وقول الذي زعم أنه وضعه على يديه. قال ابن القاسم: إن كان الذي زعم أنه وضعه على يديه عدلاً، فلا ضمان عليه، ويرجع بجميع حقه على الراهن[1].

قال محمد بن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في هذه المسألة بعينيها عن ابن القاسم، من رواية أصبغ عنه. وحكى عن أصبغ أنه قال: أراه ضامناً، وإن أقر له الأمين، ولا يبرأُ إلا ببينة على دفع ذلك إليه، وإياه اختار ابن حبيب. وقول ابن القاسم عندي أظهر، لأنه لما رهنه عنده بشرط أن يجعله عند غيره، لم يحصل في ضمانه، لكونه كالرسول به، فوجب أن يصدق في دفعه إليه إذا أقر بقبضه، وادعى تلفه على أحد قولي ابن القاسم في المودَع يؤمر بإيداع الوديعة عند غيره، فيزعم أنه أودعها وتلفت عند المودع، ويقر بذلك المودع، وهو مذهبه في المدونة خلاف ما في كتاب ابن المواز وقوله: إن كان الذي زعم أنه وضعه على يديه عدلاً، فلا ضمان عليه صحيح، لأنه إنما أذن له أن يدفعه إلى عدل، فإن وضعه على يدي غير عدل لزمه الضمان، وإن قامت البينة على تلفه عنده، فإن ادعى أنه لم يعلم أنه غير عدل، وأنه إنما دفعه إليه وهو يظنه عدلاً، صدق في ذلك، إلا أن يكون معلناً بالفسق، مشهوراً به عند الناس، وهو قوله ابن القاسم في الدمياطية سئل عن رجل قال لرجل ادفع هذه الدنانير إلى ثقة يدفعها إلى أهلي، فدفعها الرجل إلى رجل عنده ثقة فيما يرى، فتلفت، قالت: إن قال: إنه كان عند ثقة، لم أر عليه شيئاً، ولا ضمان على الموضع على يديه بحال، كان عدلاً أو غير عدل

---

(١) مِن الْمُدَوَّنَةِ: إنْ ارْتَهَنْت ثَوْباً قِيمَتُهُ مِائَةُ دِينَارٍ فِي خَمْسِينَ دِينَاراً ثُمَّ رَهَنَ ربّ الثَّوْبِ فَضْلَتَهُ لِغَيْرِهِ بِرِضَاك فَهَلَكَ الثَّوْبُ بِيَدِك بَعْدَمَا ارْتَهَنَ الثَّانِي فَضْلَتَهُ وَهُوَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْه، ضَمِنْت مِنْهُ مَبْلَغَ دَيْنِك وَكُنْت فِي الْبَاقِي أَمِيناً، وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ الثَّانِي بِدَيْنِهِ عَلَى صَاحِبِهِ لِأَنَّ فَضْلَةَ الرَّهْنِ هِيَ عَلَى يَدَيْ عَدْلٍ أَوْ هُوَ الْمُرْتَهِنُ الْأَوَّلُ. التاج والإكليل ٧/٤٤٣.

وسواء سمى له العدل الذي شرط عليه أن يضعه على يديه، أو لم يسمه له فيما يجب من تصديقه في دفعه إليه، وقد قاله ابن دحون: إنه إن سماه له لم يصدق في الدفع إليه إذا ضاع عنده، وإن صدقه، بخلاف إذا لم يسمه له، ولا وجه لتفرقته في ذلك. ووجه قول أصبغ الذي اختاره ابن حبيب، أن المرتهن لما كان ضامناً للرهن الذي قبضه، إذا ادعى تلفه ولم يأت على ذلك ببينة، أشبه من دفع من ذمة إلى أمانة، فأقر القابض وادعى التلف، لأن المشهور في هذا أن الدافع ضامن، إلا إن قيم البينة على معاينة الدفع، ويتخرج على قول ابن القاسم في مسألة اللؤلؤ، من كتاب الوكالات من المدونة، إنه مصدق في ذلك مع يمينه وبالله التوفيق.

ومن كتاب بع ولا نقصان عليك

وسئل عن رجل ارتهن رهناً وحازه، فمكث في يديه سنة أو سنتين، ثم أتى رجل، فزعم أنه قد ارتهنه قبله وحازه، وأقام البينة على الرهن والحيازة، وادعى أنه لم يعلم برهن هذا، قال أرى أن يُبدَّأ الأول ويكون لهذا الآخر ما بقي عن الأول دون الغرماء، فقال له صاحب الحقّ الآخر: إن الرهن كان داراً فباعها القاضي في حقي، فاشتريتها ثم أتى الذي استحقها بالرهن الأول بعد اشترائي إياها، فقلت: إذا استحقها هذا برهنه، فافسخ الاشتراء عني، قال: يمضي الاشتراء عليك، ويبدأ بهذا المرتهن الأول، ويكون لك ما فضل بعده، قال عيسى: قلت لابن القاسم: كيف جعلت ما فضلِ عن المرتهن الأول لهذا دون الغرماء، وأنت تقول: من رهن رهنا فليس له أن يرهن فضلته من آخر إلا بإذن المرتهن؟ قال: هذا قد حاز وقبض، فأرى أن ينفعه حيازته وقبضه.

قال محمد بن رشد: في هذه المسألة معنى خفي، يجب أن يوقف عليه، وهو أن الرهن لا يبطل برجوعه إلى الراهن بعد أن حازه المرتهن، إلا أن يعلم بذلك فيسكت، ولا يقوم برد رهنه إلى حوزه، لأنه لم ير رهن الراهن الرهن من الثاني بعد أن كان رهنه الأول وحوزه إياه إبطالاً لرهنه، إذ لم يعلم بذلك، فجعله أحقّ برهنه إلى مبلغ حقه، وجعل للثاني ما فضل منه عن حقه، لأنه قد حازه لنفسه، بمنزلة من ارتهن رهناً فحازه ثم استحق منه بعضه، ولا يلزم ابن القاسم ما اعترض به عليه عيسى، لأنه إنما احتيج إلى علم المرتهن الأول في رهن فضلة الرهن، فيكون حائزاً له إياها، لا لنفسه، وفي مسألة المرتهن الثاني قد حازها لنفسه، إذ حاز جميع الرهن، فلو علم الأول بذلك وأذن فيه لبطَل رهنه جملة، وكان الثاني أحقّ بجميعه. وقوله: إن الاشتراء يمضي عليه صحيح، لأنه بيع ود بحكم حاكم على صاحب الدار الراهن، ولم يستحق المرتهن

الأول من رقبة الدار شيئاً، فيفسخ البيع فيه، وإنما استحق ارتهان الدار في حقه، فيكون أحقّ بثمنها الذي بيعت به حتى يستوفي حقه، ويكون للآخر ما فضل عنه. وبالله تعالى التوفيق. اللهم لطفك يا مولاي.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

وسئل عن رجل أخذ سوارين لامرأته من غير أمرها، فرهنهما، فافتقدت المرأة سواريها، فقال لها زوجها: أنا أخذتهما ورهنتهما، وسأفتكهما، فأقامت زماناً تنتظر افتكاكهما، فلما طال ذلك عليها، تعلقت بسواريها عند المرتهن، قال: إن قامت بحدثان ما علمت بذلك، فذلك لها، وتحلف بالله ما دفعتهما إليه، ولا علمت بأمرهما حتى افتقدتهما، وإن تطاول ذلك بعد علمها بذلك، فلا شيء لها.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: فأقامت زماناً تنتظر افتكاكهما، كلام وقع في السؤال حكاية لقول المرتهن، ودعواه من غير أن تكون المرأة مقرة بذلك، إذ لو أقرت المرأة أنها أقامت منتظرة لافتكاكه إياهما، لَما كان إليهما سبيل، وإن قامت بحدثان ذلك، وإنما يكون لها أن تقوم. فيهما بحدثان ذلك، إذا سكتت حين أعلمها، فقالت: لم أسكت إلا على أن أقوم بحقي، لا راضية بما فعلت، ولا منتظرة لفكه إياهما. فقوله: وإن قامت بحدثان ما علمت بذلك، فذلك لها، وتحلف بالله ما دفعتهما إليه، ولا علمت بأمرهما حتى افتقدتهما، يريد وتزيد في يمينها، إنها ما سكتت منذ علمت، إلى حين قيامها، إلا على أن تقوم بحقها، لا رضى منها بفعله، ولو قامت ساعة علمت، لم يكن عليها أن تزيد ذلك في يمينها، والقول قولُها إنها لم تعلم إلا حين قيامها، فإن ادعى عليها أنها علمت قبل ذلك وسكت، حلفت على ذلك، واختلف إن طال سكوتها بعد علمها، فقال: ها هنا: إن ذلك يبطل قيامها، ووقع في سماع أصبغ، ما ظاهره أن لها أن تقوم بعد طول الزمان، وتحلف ما رضيت، ولا كان سكوتها تركاً لحقها، والذي ها هنا أظهر، والله أعلم.

وهذا كله إذا كانت علمت بعد الارتهان ولم تحضره، وأما إذا كانت حاضرة الارتهان، فإن أنكرت في الحال، لم يلزمها ذلك، وان سكتت حتى تم التواجب بينهما على الارتهان، ثم أنكرت بعد ذلك قبل انفصالهما من المجلس، جرى ذلك على الاختلاف في السكوت، هل هو كالإقرار أم لا؟ وأما إن لم تنكره ولا تكلمت حتى انقضى المجلس، وانفصلا عنه، فليلزمها ذلك قولاً واحداً. والله أعلم.

ومن كتاب أوله أسلم وله بنون صغار

وعن رجل جاء بثوب، فقال هذا رهن عندي قد هلك صاحبه، ولي عليه دينار، وليس له بينة، والورثة لا يعرفون الثوب، ولا يعرفون ما يقول الرجل، قال: أرى إن أنكر الورثة وزعموا أنهم لا يعرفون شيئاً مما يدعي من الرهن، حلفوا على علمهم، وأخذوا رهنهم، ولا يقبل قوله إلا ببينة.

قال محمد بن رشد: إنما يحلف الورثة إذا كان فيهم من يُتهم أن عنده من هذا علماً فأما الغائب منهم وشبهه ممن يعلم أنه لا علم عنده، فلا يمين عليه. وسيأتي هذا المعنى في آخر رسم الرهون. وقد مضى في رسم شك في طوافه، ورسم صلى نهاراً ثلاث ركعات، من سماع ابن القاسم، عكس هذه المسألة، إذا اختلف ورثة المرتهن مع الراهن. ويأتي أيضاً في رسم إن أمكنتني من هذا السماع وبالله التوفيق.

ومن كتاب حبل حبالة

وسئل عن رجل ارتهن جارية، وضعها على يدي رجل، فعمد الرجل الذي وضعت على يديه، فأرسلها إلى الراهن وردها إليه فوطئها، فحملت. قال ابن القاسم: إن كان للغريم مال، أخذ منه الحق، فدفع إلى صاحب الحق، وكانت الأمة أُم ولده، وإن لم يكن للغريم مال، أُخذت قيمة الأَمة من الأمين يوم وطئها إن كان له مال، واتبع الأمين الغريم بما أدى عنه، وإن لم يكن لسيد الأمة ولا للأمين مال، بيعت الأمة إذا وضعت، وقضي حقّ الغريم إن كان الحقّ محيطاً بقيمتها، أو بيع منها قدر حقّ الغريم، واعتق ما بقي. قال: والولد يتبع أباه، ولا يباع مع أُمه على حال. وهذا إذا كان المرتهن لم يعلم بوطئه إياها.

قلتُ لابن القاسم: فلو لم تحمل وهو يطؤها حتى فلس سيدها، هل كانت تكون خارجة من الرهن ويكون الأمين ضامناً؟ قال: إن كان للأمين مال، كان ضامناً لقيمتها، وكان مع الغرماء فيها وفي غيرها من ماله أسوة، وكانت القيمة للمرتهن. قال عيسى: وإن لم يكن للأمين مال كان المرتهن أحقّ بالجارية. وهذا كله إذا لم يعلم المرتهن بالرد، فإذا علم فلا رهن له.

قال محمد بن رشد: الأَمين الموضوع على يديه الجارية المرتهنة، متعد على الراهن في دفعها إلى المرتهن، وعلى المرتهن في صرفها إلى الراهن، فإن صرفها إليه ضمن للمرتهن ما انتقص من حقه بسبب ذلك إن حملت من الراهن، أو قبلها، أو دخل

عليه الغرماء فيها، على القول بأنها تخرج من الرهن بإسلامه إياها إلى الراهن. وقد اختلف في ذلك، فقيل: إنها تخرج من الرهن، ويكون المرتهن فيها أسوة الغرماء إن قاموا بتفليسه، والجارية بيده قبل أن يقوم فيها المرتهن فيقبضها، وهو قول عيسى بن دينار ومحمد ابن المواز، وقيل إنها لا تخرج من الرهن، ويكون المرتهن أحقّ بها، وهو مذهب ابن القاسم، وقول أصبغ. وهذا إذا لم يعلم المرتهن برد العدل إياها إلى الراهن، وأما إذا علم بذلك، فلا اختلاف في أنه لا رهن له فيها. والقول بأنها لا تخرج من الرهن على قياس القول بأن كون الرهن بيد العدل، ككونه في يد المرتهن يكون له شاهداً، والقول بأنها تخرج من الرهن على قياس القول بأن الرهن لا يكون شاهداً للمرتهن إذا كان بيد عدل، فإذا دفع العدل الجارية إلى الراهن بغير إذن المرتهن فوطئها، فحملت نظ، فإن كان للغريم الراهن مال، يفي بحق المرتهن، أخذ منه الحق، فدفع اليه، وكانت الأمة أُم ولد للغريم الراهن، وإن لم يكن للغريم مال، قال في الرواية: أخذ قيمة الأمة من الأمين يوم وطئها، يريد، إلا أن يكون الحقّ أقل من ثمنها، فلا يؤخذ منه إلا الحق، فيدفع ذلك إلى المرتهن، ويتبع الأمين للغريم الراهن،إن لم يكن لسيد الأمة مال، ولا للأمين، قال في الرواية. يبعت الأمة إذا وضعت، وقضى حقّ الغريم إن كان الحقّ محيطاً بقيمتها، أو بيع منها قدر حقّ الغريم، وأعتق ما بقي، يريد، إلا أن لا يوجد من يبتاع منها بقدر حقّ الغريم، فتباع كلها ويقضي المرتهن من ذلك حقه، ويتصدق الراهن بالفضل، لأنه ثمن لأُم ولده، وقد قيل إنها تباع كلها، وإن وجد من يبتاع منها بقدر حقّ الغريم، من أجل الضرر الذي عليها في تبعيض عتقها، ولا تباع إن كان الحقّ مؤجلاً حتى يحل الأجل، قاله محمد بن المواز. وهذا على القول بأن الرهن لا يخرج من الرهن بإسلام العدل إياه إلى الراهن بغير إذن المرتهن، وهو نص قول أصبغ في آخر هذه الرواية، وأما على القول بأنه يخرج من الرهن فلا تباع، وتكَون أُم ولد للراهن، ويتبع المرتهن بحقه إياهما أيسر أولا، من الراهن أو الأمين، فإن أخذ حقه من الأمين، رجع به الأمين على الراهن، وإن أخذه من الراهن لم يكن له رجوع على أحد. وقوله: إنه يعتق من الأمة ما بقي إن كان الحقّ لا يحيط بقيمتها، هو على قياس قول ابن القاسم في كتاب أمهات الأولاد من المدونة وعلى قياس قول غيره فيه: يبقى الباقي أُم ولد، فمتى ما اشترى ما يبع منها حلَّت له، وأما إذا دفعها إليه بغير إذن المرتهن، فلم تحمل، فعلى القول بأنها لا تكون خارجة من الرهن يكون المرتهن أحقّ بها، وعلى القول بأنها تكون خارجة من الرهن يكون المرتهن فيها أسوة الغرماء،

ويكون له الرجوع على الامين فيما انتقص من حقه في كونه فيها أسوة الغرماء. وتفسير ذلك أن ينظركم دين المرتهن؟ فإن كان عشرين، ودين الغريم الآخر عشرين، وقيمة الرهن عشرون، كان الرهن بينهما بنصفين، ورجع المرتهن على الأمين بعشرة، لأن ذلك هو الذي انتقصه من حقه بالمحاصة، ولو كان قيمة الرهن عشرة، وللغريم عشرة، ودين كل واحد منهما عشرون، لرجع المرتهن على الأمين بثلاثة وثلث، لأن مال الغريم على هذا التنزيل عشرون: عشرةٌ نقداً وعشرةٌ قيمة الرهن، فيصير لكل واحد منهما من ذلك بالمحاصة عشرة، عشرة، نصف حقه، ويقول المرتهن للأمين: لو كان الرهن بيدك لكنت أحقّ به، ولحاصصت في العشرة، ببقية حقي، وهو عشرة، فصار لي منها ثلاثة وثلث، فادفعها إليّ فإنها هي التي انتقص من حقي بالمحاصة، ولو كان الرهن قد أَفَاته الراهن على الأمين، ووجدا له عشرين ديناراً، فتحاصا فيها، وصار لكل واحد منهما منها عشرة، عشرة، لرجعِ المرتهن على الأمين بسبعة إلا ثلثاً، لأنه يقول له: لو كان الرهن حاضراً بيدك، لأخذته وكنت أحق، وحاصصت الغريم في العشرين ببقية حقي، وهو عشرة، فصار لي منها سبعة إلا ثلث، فادفعها إلي، فإنها هي التي انتقص من حقي بالمحاصة، بجميع حقي في العشرين، إذ تلف الرهن الذي فوته علي، وكنت أحقّ به، ولو طرأ للغريم مال بعد المحاصة، لانتقضت المحاصة، وتحاصا ثانية في جميع مال الغريم، مثال ذلك، أن يكون الأمر على ما ذكرناه، من أن قيمة الرهن عشرة، للغريم عشرة، ولكل واحد منهما عشرون، فتحاصا في ذلك على ما ذكرناه، ورجع المرتهن على الأمين بثلاثةٍ وثلث، ثم طرأ للغريم عشرة، فإنه ينتقص المحاصة الأولى، ويتحاصان ثانية، على أن مال الغريم ثلاثون: عشرة قيمة الرهن، وعشرة كانت بيده، وعشرة طرأت له بعد المحاصة، فيصير لكل واحد منهما خمسة عشر، ثلاثة أرباع حقه، ثم يقول المرتهن للأمين: لو كان الرهن بيدك، لكنت أحقّ به، ولحاصصتُ في العشرين الباقية، ببقية حقي، وهو عشرة، فصار لي منها سبعة إلا ثلثاً، فجملة ما كان يصير لي سبعة عشر إلا ثلثاً، وأَنا قد أخذت خمسة عشر، وبقي لي ديناران إلا ثلثاً فادفعها إلي، وأَرد عليك الثلاثة إلا ثلثاً التي قبضت منك بالمحاصَّة الأُولى التي انتقصت، أو قاصّني بها وأردَّ عليك الباقية وذلك دينار. وكذلك كل ما طرأ بعد ذلك يستأنف فيه العمل، وينتقص ما تقدم. ولما سأله في الرواية هل تكون الأمة خارجة من الرهن إذا فلس سيدها وهو يطؤها ولم تحمل؟ لم يعطه في ذلك جواباً بيناً وقال: إن كان للأمين مال، كان ضامناً لقيمتها، وكان مع الغرماء فيها وفي غيرها من ماله إسوة، وكانت القيمة

للمرتهن، ولا كلام في أن الأمين لا يكون أحقّ بها من الغرماء فيما يرجع به على الغريم، إذا رجع عليه المرتهن، إذ ليست له برهن، وإنما الخلاف هل يكون المرتهن أحقّ بها؟ فمذهب ابن القاسم أنها لا تكون خارجة من الرهن، ويكون المرتهن أحقّ بها، بدليل قوله: إنها تباع إذا حملت منه ولا مال له ولا للأمين، بمنزلة إذا تسور عليها فوطئها وهي عند المرتهن فحملت، على ما في المدونة. وقال عيسى: إن لم يكن للأمين مال، كان المرتهن في الجارية إسوة الغرماء، وقال أصبغ: إن لم يكن له مال، كان المرتهن أحقّ بالجارية، وكذلك إن كان للأمين مال، كان المرتهن في الجارية عند عيسى إسوة الغرماء إن لم يرد الرجوع على الأمين، وعند أصبغ أحقّ بها إن لم يرد الرجوع عليه، إذ لا فرق في كون المرتهن أحقّ بالجارية بين أن يكون الأمين مَليًّا أو معدماً، إذا لم يرد الرجوع عليه. وانما تكلم كل واحد منهما على أنه إن كان مَليًّا لا يختار الرجوع إلا عليه، فلا يقام من قول واحد منهما دليل على أن الملي عنده في ذلك بخلاف المعدم، وقد ذهب إلى ذلك بعض الناس، فيأتي في هذه المسألة على ما ذهب إليه أربعة أقوال:

أحدها: أن المرتهن أحقّ بالجارية من الغرماء في ملإِ الأمين وعدمه.

والثاني: أنه إسوة الغرماء فيها في ملائه وعدمه.

والثالث: أنه أحقّ بها في ملائه، وإسوة الغرماء فيها في عدمه، وهو قول عيسى.

والرابع: بعكس ذلك أنه أحقّ بها في عدمه، وإسوة الغرماء في ملائه. وهو بعيد، وبالله التوفيق.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الرهون الثاني

من سماع عيسى من كتاب الرهون

قال في غلة الحائط المرهون والدار والعبد: إنها للراهن، وإنها لا تكون رهناً مع الرّهن، إلا أن يشترط ذلك المرتهن في رهنه، ولا يصلح للمرتهن أن يشترط أن يتقاضى في البيع غلة الرهن في كل عام، لأن ذلك ليس بشيء ثابت معلوم، إنما ذلك يكون مرة ويخطىء مرة أخرى، ويكثر مرة، ويقل أخرى، ولا بأس به في السلف، ولا يلزم المرتهن في الوجهين جميعاً كلاهما عمل الحائط، ولا مرمة الدار ولا إصلاحها، ولا نفقة العبد ولا كسوته، اشترط المرتهن الغلة أو لم يشترطها؛ وإنما ذلك على الراهن الذي له الغلة، يلزمه ذلك المرتهن، اشترط ذلك أو لم يشترطه عليه، ولا يترك الراهن وخراب الرهن وهلاكه، لأن ذلك يُدخل على المرتهن في هلاك حقه وذهابه ضرراً ووهناً. وقد كان الرهن وثيقة من حقه، ومن أجل ذلك جعلت الغلة في السنة للراهن، لأنه لا يقوى على عمل الراهن وإصلاحه ونفقته إلا بالغلة، وليس للمرتهن رهناً له غلةٌ أن يحول بين الراهن وبين استعمال رهنه، وليس للراهن أن يفعل ذلك إلا بإذنه وعلمه، وان لم يشترط المرتهن الغلة رهناً مع الأصل، لأن المرتهن قد قبض رهنه من الراهن، وحازه دونه أو وضع له على يد من حازه له وقبضه، فلو جاز للراهن أن يعامل في الحائط من أحب أو يكري الدار أو يؤاجر العبد ممن أحب، لأدخل عليه الراهن بذلك في رهنه ضرراً إذا صار يقضي عليه بإذنه وبغير إذنه. وقال ابن القاسم: المرتهن هو الذي يعامل في عمل الحائط، ويبيع الغلة، ويؤاجر الدار، وليس للراهن في ذلك أمر [1].

---

(١) الَّذِي عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ أَنَّ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَقَعَتَا فِي الِابْتِدَاءِ إلَّا أَنَّ الْأُولَى وَقَعَ الشَّرْطُ مِنْ ربّ الْحَائِطِ ابْتِدَاءً وَالْآتِيَةَ وَقَعَ مِن الْعَامِلِ أَيْ ابْتِدَاءً وَالثِّمَارُ بَيْنَهُمَا مُنَاصَفَةً وَنَصُّ الْعُتْبِيَّةِ سَمِعَ الْقَرِينَانِ مَنْ قَالَ لِرَجُلٍ اسْقِ أَنْتَ وَأَنَا فِي حَائِطِي وَلَك نِصْفُ ثَمَرِهِ لَمْ يُصْلَحْ إنَّمَا الْمُسَاقَاةُ أَنْ يُسَلِّمَ الْحَائِطَ إلَى الْعَامِلِ ابْنُ رُشْدٍ إنْ وَقَعَ وَفَاتَ فَالْعَامِلُ أَجِيرٌ؛ لِأَنَّ رَبَّهُ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ فَكَأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهُ إلَيْهِ إنَّمَا أَعْطَاهُ جُزْءاً مِن الثَّمَرَةِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ بِخِلَافِ إنْ اشْتَرَطَ الْعَامِلُ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ ربّ الْحَائِطِ هَذَا. شرح مختصر خليل ٨/٤٤٥.

قال الإمام القاضي قوله في غلة الحائط المرهون والدار والعبد: إنها للراهن، وإنها لا تكون رهناً مع الرهن، إلا أن يشترط ذلك المرتهن في رهنه، هو المشهور في المذهب، لقول النبي عليه السلام " الرهْنُ لمن [1] رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ وغُنْمُهُ وَغَلَّتُهُ ". وقد وقع في المبسوطة من رواية ابن القاسم عن مالك، أنه سمعه يقول: من استرهن داراً أو عبداً قبضه أو لم يقبضه، فإن إجارة العبد وكراء الدار، لجمع لا يصل إلى الراهن ولا إلى المرتهن حتى يفك الرهن، فيكون تبعاً للرهن، فإن كان في الدار أو العبد كفاف الحق، كانت الإجارة للراهن، قال ابن الماجشون: لا أعرف هذا، والخراج والكراء للراهن، إلا أن يشترطه المرتهن، وقال ابن نافع مثله، وزاد، إنما يجوز له أن يشترطه من مبايعة لا من سلف، وهذه الرواية عن مالك شاذة، لا تعرف في المذهب، وقول ابن الماجشون هو المعلوم، وأما قول ابن نافع: إنما يجوز للمرتهن أن يشترط ذلك من مبايعة لا من سلف، فهو غلط. والله أعلم، لأن ذلك إنما هو إذا اشترط ذلك المرتهن لنفسه، كذا وقع في المدونة وغيرها في اشتراط المرتهن الانتفاع بالرهن، وأما اشتراطه أن تكون الرهن رهنا معه، فلا اختلاف في جواز ذلك في أصل البيع وبعده، وفي أصل السلف وبعده، ولا تدخل الثمرة في رهن الأصول، إلا باشتراط المرتهن، كانت قد أُبرت أو لم تؤبر، وإنما يفترق ذلك في البيع، لقول النبي عليه السلام: "مَنْ بَاعَ نَخْلاً [2] قَدْ أُبِّرَت فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ ".

فدل ذلك من قوله على أنها للمبتاع، إذا كانت لم تؤبّر، كما يكون له ما ينبُت بعد الابتياع والسنة قد أحكمت أن الغلة في الرهن للراهن، فوجب أن تكون له الثمرة أُبِّرتْ

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٥٥)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٦٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢١٨٥)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥١٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٥)، وأخرجه مسلم (٢٨٥٩)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨١)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨١)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٠٣)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٢٧٥)، وأخرجه أحمد في مسنده (٥٣٣٩)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٨٥١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٨٠١)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٩٧١)، وأخرجه البزار في مسنده (١٣٦)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (١٤٣٤)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٨٦٢)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤١٩٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٩١١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٢٠٨٠)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٢٩٦١)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٠٨٧)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٦٣٣)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٢٦).

أو لمن تؤبر أو نبتت بعد الارتهان، إلا أن يشترط ذلك المرتهن في الرهن، والجنين داخل في الرهن وإن لم يشترط، بخلاف الثمرة التي لم تؤبر، وان استويا في البيع والفرق بين الجنين والثمرة التي لم تؤبر في الرهن، أن السنة قد أحكمت أن غلة الرهن للراهن، والجنين ليس بغلة، وإنما هو عضو من أعضاء أُمه، فوجب أن تكون معه في الرهن، كما تدخل في البيع، والأصل في هذا أن النماء في الرهن على وجهين: متميّزٍ عن الرهن وغير متميز عنه، فأما غير المتميز عنه، فلا اختلاف في أنه يدخل في الرهن، وذلك مثل سِمَنِ الدابة والجارية، وكبرهما، ونماء النخل، وكبرها. وأَما المتميز عنه فإنه على وجهين: أحدهما أن يكون على صورته وخلقته، والثاني ألا يكون على صورته وخلقته. فأما ما كان على صورته وخلقته، كالولد من بني آدم ومن سائر الحيوان، وكفسلان النخل، فإنه داخل مع الأصول في الرهن وإن لم يشترط وأما ما كان على غير صورته وخلقته، فإنه لا يدخل في الرهن إلا بشرط كان متولداً عنه، كثمرة الحائط ولبن الغنم وصوفها، أو غير متولد عنه ككراء الدار، وخراج الغلام. هذا على ما ذكرناه من المشهور في المذهب.

وذهب أبو حنيفة إلى أن ذلك كله داخل في الرهن، كان متميزاً عنه أو غير متميز، متولداً عنه على خلقته وصورته، أو على غير خلقته وصورته، قياساً على نسل الحيوان، وعلى النماء المتصل بالرهن الذي لا يتميز منه.

وذهب الشافعي إلى أنه لا يدخل في الرهن من النماء، إلا ما كان غير متميز منه كسمن الدابة والجارية وكبرهما. وأما قوله: إنه لا يصلح للمرتهن أن يشترط أن يتقاضى في البيع غلة الرهن في كل عام، لأن ذلك ليس بشيء ثابت معلوم، لأنه يكون ويخطىء ويقل ويكثر، ولا بأس به في السلف فهو صحيح، ومثله في كتاب حريم البير من المدونة أن ذلك لا يجوز في عقد البيع، وهو جائز في أصل عقد السلف وبعده.

وأما قوله ولا يلزم المرتهن عمل الحائط ولا مرمة الدار، ولا إصلاحها ولا نفقة العبد ولا كسوته، اشترط المرتهن الغلة أو لم يشترطها، وإنما ذلك على الراهن الذي له الغلة، فهو أمر صحيح لا اختلاف أعلمه فيه، لقول النبي عليه السلام: " الرَّهْنُ لمن رَهَنَهُ [(١)]، لَهُ غُنْمُه وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ " وقوله: وليس للمرتهن رهنا له غلة أن يحول بين الراهن

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٥٥)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٦٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢١٨٥)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥١٧).

وبين استعمال رهنه، معناه: ليس له أن يحول بينه وبين مؤاجرته إن كان ممن يؤاجر، وكرائه إن كان ممن يُكرَى وأما استعماله بأن يستخدم العبد، أو يلبس الثوب، أو يركب الدابة وما أشبه ذلك، فله أن يمنعه منه، لأن ذلك إن أذن له فيه، خروج من الرهن، وقد وقع في هذه الرواية اضطراب ألفاظ فيمن يلي مؤاجرة ذلك وكراءه، فقال في أول كلامه: ليس للمرتهن رهنا له غلبة أن يحول بين الراهن وبين استعمال رهنه، يريد ليس له أن يحول بينه وبين ولاية عقد الإجارة والكراء فيه. قال: وليس للراهن أن يفعل ذلك إلا بإذنه وعلمه، فدل ذلك من قوله على أن الراهن هو الذي يلي ذلك بإذن المرتهن، وقال في آخر المسألة: والمرتهِن هو الذي يعامل في عمل الحائط، ويبيع الغلة، ويؤاجر الدار، وليس للراهن في ذلك أَمر، فدل ذلك من قوله على أن المرتهن الذي يلي ذلك.

والذي أقول به في تفسير ذلك، أنه إن كانت الغلة للراهن، لم يشترطها المرتهن، ولي المرتهن الكراء، ولم يجز أن يليه الراهن، لأَنه إذا ولي الكراء بإذن المرتهن، وأخذ الغلة، فقد صار منتفعا بالرهن، وبطلت حيازة المرتهن، وهذا نص قوله في المدونة: إنه إذا أذن له أن يكري الدار، فقد خرجت من الرهن، معناه عندي: إذا أذن له أن يكريها ويأخذ كراءها، وعلى هذا يحمل قوله في آخر المسألة: والمرتهن هو الذي يعامل في ذلك، وليس للراهن فيه أمر، وإن كانت الغلة رهناً باشتراط المرتهن، وعلى هذا يلي الراهن عقد الكراء والإِجارة لها بإذن المرتهن، وعلى هذا يحمل قوله في أول الكلام: وليس للراهن أن يفعل ذلك إلا بإذنه وعلمه.

فيتحصل من هذا أنه لا يجوز للراهن أن يلي عقد الكراء والإِجارة بغير إذن المرتهن، ويجوز أن يلي ذلك بإذنه إن كانت الغلة رهناً مع الأصل، ولا يجوز إن لم تكن الغلة رهناً مع الأصل؛ وأما ولاية المرتهن لعقد الكراء دون إذن الراهن ففي ذلك اختلاف.

قال محمد بن المواز: لا يكري المرتهن الرهن إلا بإذن الراهن، معناه: إذا كان الكراء للراهن، ومثله في حريم البير من المدونة، قال: إن لم يأمره الراهن أن يكري ترك ذلك ولم يكر، وإن أمره بذلك أكراه، وكان الكراء لرب الأرض، وأما إن كان الكراء في الرهن باشتراط المرتهن له، فله أن يكريه بغير إذنه، وليس للراهن أن يمنعه من كرائه، لأن ذلك من حقه. قال ذلك أشهب، وعلى ذلك تحمل رواية ابن عبد الحكم، أن للمرتهن أن يكري الرهن دون إذن صاحبه. وقد قيل إن ذلك يجب على المرتهن، فإن لم يفعل ضمن إذا كان الرهن مما يتخذ للكراء، وله قدر، وهو قول

ابن الماجشون. وقال أصبغ: لا ضمان عليه، وهو ظاهر ما في المدونة وغيرها من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، إذ لم يفرق في شيء من ذلك بين ما كان متخذاً للكراء، أو غير متخذ له، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجلين يكون لهما رهن بينهما، فيقوم أحدهما على بيع الرهن في حقه، وقد كان الآخر أنظره بحقه سنة، إنه إن كان يقدر على قسم الرهن بما لا ينقص الذي قام على أخذ حقه قسم، ثم بيع له نصف الرهن فأوفى حقه، وأوقف النصف الآخر للذي أنظره بحقه إلى الأجل.

قلت: فإن كان لا يُقدر على قسم الرهن إلا بما ينقص حقّ الذي قام على أخذ حقه، بيع الرهن كله، فأعطي الذي قام على الأخذ بحقه حقه كله من ذلك، فإن طابت نفس الذي أنظر بحقه سنة، أن يدفع بقية ثمن الرهن إلى الراهن إلى أن يحل حقه، دفع إلى الراهن، فإن كره أحلف بالله ما أنظرته بحقي إلا ليوقف في رهنه على هيئته، ثم أعطي حقه ولم يحبس عنه، ولم يوقف له إلى الأجل وقد بيع رهنه، لأن إيقاف الرهن ضرر على المرتهن في غير منفعة تصل منه إلى الراهن، وهو له ضامن، فدفع الحقّ إلى المرتهن وإبراءُ الراهن من ضمانه خيرٌ لهما جميعاً.

قال ابن القاسم: قال مالك: إلا أن يأتي الراهن برهن يكون فيه وفاء بحق الذي أنظره، فيكون له أخذ ثمن الرهن إلى الأجل. قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم عن مالك: إلا أن يأتي الراهن برهن يكون فيه وفاء " بحق الذي أنظره، فيكون له أخذ ثمن الرهن إلى الأجل صحيح مبين لما تقدم من قوله ". والمسألة كلها صحيحة بينة، وهي متكررة في سماع أبي زيد، ولا اختلاف في شيء منها إلا إذا لم يأت الراهن برهن يشبه الرهن الأول يكون فيه وفاء بحق الذي أنظره، هل يوقف الثمن إلى الأجل الذي أنظره إليه أم يعجل له؟ فقيل: إنه يعجل له كما قال ها هنا، وقيل: إنه يوقف إلى الأجل ولا يعجل له، لعل الغريم يجد في باقي الأجل رهناً يضعه في مكان الثمن وينتفع به إلى الأجل.

وقد مضى الاختلاف في ذلك في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسم، وفي رسم الأقضية الثاني والثالث من سماع أشهب. والقولان قائمان من المدونة من كتاب الرهون وكتاب التجارة إلى أرض الحرب، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وإنما يضمن المرتهن ما ضاع من الحلي والثياب والمتاع عنده قيمة ما ضاع عنده يوم ضاع وليس قيمته يوم ارتهنه[(١)].

قال الإمام القاضي: قال ها هنا إنه يغرم المرتهن قيمة ما ضاع عنده من الحلي والثياب يوم ضاع، وقال فيما يأتي قرب آخر هذا الرسم: إنه يغرم قيمته يوم ارتهنه، وليس ذلك عندي اختلافا من القول، ومعنى ما ها هنا أنه ظهر عنده المتاع والحلي في الوقت الذي ادعى انه ضاع فيه، فعلم أنه لم يضع قبل ذلك؛ ومعنى ما يأتي في آخر هذا إذ لم يعلم متى ضاع ولا ظهر عنده منذ ارتهنه، وغاب عليه، فيلزمه قيمته يوم ارتهنه، إذ لا يصدق في وقت ضياعه، كما لا يصدق في ضياعه، إلا أن تكون قيمته في الوقت الذي ادعى أنه تلف فيه أكثر من قيمته يوم ارتهنه، فيلزمه قيمته يوم ضاع، لأنه مقر على نفسه، وكذلك لو ظهر عنده بعد ارتهانه إياه بمدة، لسقطت عنه قيمته يوم ارتهنه، إذ قد علم بظهوره عنده سقوط الضمان عنه فيه فيما مضى من المدة، ولزمته قيمته يوم ظهر عنده، ولم يصدق إن ادعى أنه تلف بعد ذلك بمدة، إلا أن تكون قيمته في اليوم الذي ادعى أنه تلف فيه أكثر. وذهب ابن دحون إلى أن ذلك اختلاف من القول. فقال: أكثر أقواله، إن الضمان إنما يكون يوم ارتهنه، قال: وهو القياس، لأن في ذلك اليوم دخل في ضمانه، وكل من دخل في ضمانه شيء ثم ضاع بعد ذلك بمدة، فإنما عليه قيمته يوم دخل ذلك في ضمانه كالغاصب والصانع ونحوهما، وليس قوله بصحيح، أما الغاصب فهو كما قال، وأما الصانع والمرتهن فالحكم فيهما بخلاف ما ذكر.

وقد قال غيره: إنما يلزم المرتهن قيمة الرهن يوم ضاع، إذا لم يعلم قيمته يوم الرهن ولا بعده، فلم يجعل ذلك اختلافاً من القول، ورد ما ها هنا بالتأويل، إلى الذي

---

(١) قَالَ خَلِيلٌ: وَضَمِنَهُ مُرْتَهِنٌ إنْ كَانَ بِيَدِهِ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَمْ تَشْهَدْ بَيِّنَةٌ بِكَحَرْقِهِ وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ أَوْ عَلِمَ احْتِرَاقَ مَحَلِّهِ إلَّا بِبَقَاءِ بَعْضِهِ مُحَرَّقاً، وَصَرَّحَ بِمَفْهُومِ يُغَابُ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: (وَلَا يَضْمَنُ) الْمُرْتَهِنُ (مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ) كَالْحَيَوَانِ وَلَوْ طَيْراً وَكَالْعَقَارِ وَالزَّرْعِ وَالثِّمَارِ قَبْلَ الْحَصَادِ وَالْقَطْعِ، وَكَسَفِينَةٍ فِي مِرْسَاةٍ إلَّا أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ فِيمَا ادَّعَاهُ مِنْ تَلَفٍ أَوْ ضَيَاعٍ، وَالدَّلِيلُ عَلَى التَّفْرِقَةِ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَيَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ وَغَيْرُهُ لَا يَضْمَنُهُ الْعَمَلُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ لَمْ يُؤْخَذْ لِمَنْفَعَةِ رَبِّهِ فَقَطْ حَتَّى يَكُونَ كَالْوَدِيعَة، وَلَا لِمَنْفَعَةِ الْآخِذِ فَقط حَتَّى يَكُونَ كَالْعَرَض، بَلْ أَخَذَ شَبَهاً مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا فَتَوَسَّطَ فِيهِ. الفواكه الدواني ٦/٤٣٧.

يأتي بعد هذا، من أن على المرتهن في الرهن إذا هلك عنده قيمته يوم ارتهنه، خلاف ما ذهبنا إليه من ردّ ما يأتي بعد هذا إلى ها هنا، من أن المرتهن يلزمه إذا ضاع الرهن عنده قيمته يوم ضاع بما ذكرنا من التأويل، فإن جهل وقت الرهن، كان القول فيه قول المرتهن، فإن ادعى أنه تلف بعد ذلك بمدة، وقيمته في ذلك الوقت أقل من قيمته يوم الرهن، لم يصدق في ذلك، على ما ذكرناه. وفي سماع أصبغ من كتاب الوديعة ما يُبيِّن ما ذهبنا إليه في هذه المسألة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال فيمن ارتهن غريمه داراً أو رقيقاً في حقٍّ له إلى أجل، فيأتي رجل يطلبه بدين قبل محل الأجل، أجلِ المرتهن، إنه إن كان في الرهن فضل عما رهن فيه بيع فقضى صاحب الحقّ والغريم الذي جاء، وإن لم يكن في الرهن فضل لم يُبع حتى يحل الحقّ الذي رهن فيه، لأنه رهن.

قال الإمام القاضي: هذا مثل ما تقدم في المسألة التي قبل هذه المسألة، مسألة في تعجيل الحقّ قبل حلول الأجل. وقد مضى ذكر الخلاف في ذلك هنالك، وفي المواضع المذكورة فيه. ومعنى هذا: إذا كان الدين الذي لم يحل عيناً أو عرضاً من قرض، وأما إن كان عرضاً من بيع لم يبع إلا أن يحل أجل المرتهن. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال في رجل رهن رجلاً رهناً في سلعة له: عليه إلى أجل، فأتي الراهن إلى رجل فقال له: بعني سلعتك هذه بدين إلى أجل، لأفتكَّ به رهناً لي عند فلان، فسأله البائع حميلاً، فلم يجد إلا صاحب رهنه، فلا ينبغي للمرتهن أن يتحمل عنه شيئاً يصير من حقه إليه، كما لا ينبغي له أن يبيع له شيئاً يصير له قضاء من حقه. قال محمد بن رشد: تنظيره مسألة الذي سأل الرجل أن يتحمل عنه بثمن شيء يصير من حقه إليه، بمسألة الرجل يبيع الرجل شيئاً يصير له قضاء من حقه، ليس بتنظير صحيح، لأنهما مسألتان متغايرتان متباينتان مفترقتا المعنى، أما مسألة الحمالة فالعلة فيها أن الحميل تحمل بالرجل، رجاء أن يقضيه المتحمل عنه السلعة التي اشتراها فأشبه الحمالة بالجعل. وأما مسألة الذي يبيع الرجل شيئاً يصير له قضاء من حقه، فمعناها أن يبيعه شيئاً بثمن إلى أجل، يصير له قضاء من حقه الذي قد حل له. والعلة فيها أنه يدخلها فسخ الدنانير في أكثر منها إلى أجل، وهو الربا المحرم بالقرآن، مثال ذلك: أن يكون للرجل على الرجل عشرة دنانير حالة، فيبيعه سلعة قيمتها عشرة دنانير، بخمسة عشر إلى أجل، ليبيعها

بعشرة، ويقضيها إياه، فيكون البائع قد رجع إليه ثمن سلعته، فكأنه باعها من غيره أو منه بعشرة دنانير، وأخره بالعشرة الحالة التي كانت عليه إلى أجل، على أن يزيده فيها خمسة دنانير ربا، ووجه التنظير بينهما على تغايرهما وافتراقهما، أن المكروه في كل واحدة من المسألتين، لم يشترطاه، وإنما رجواه، ولو اشترطاه، فقال الحميل: إنما أتحمل عنك بثمن السلعة، على أن تقضيني إياها في حقي، وقال البائع للشيء: إنما أبيعك إياه بالدين، على أن تبيعه أنت بالنقد، وتوفيني ثمنه فيما لي عليك، لكان المكروه في كل واحدة منهما أشد وأبين. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرهن يحل بيعه، وصاحبه ناءٍ عن السلطان، فيأمره ببيعه، فلا يجد أحداً يعنى فيه إلا بجعل، على من يكون الجعل، أعلى صاحب الرهن أم على المرتهن؟ فقال: الجعل على من طلب البيع منهما والتقاضي، قال عيسى ما أرى الجعل إلا على الراهن.

قال محمد بن رشد: قول عيسى بن دينار أظهر من قول ابن القاسم لأن الراهن مأمور بالقضاء، واجب عليه فعله، فهو أولى بغرم الإِجارة على ما يتوصل به إلى أداء الواجب عنه.

ووجه قول ابن القاسم. إن الراهن يقول: أنا لا أُريد بيع الرهن، لأني أرجو أن يتيسر لي الحقّ دون بيع الرهن، فإذا أردت أنت تعجيله، فأدِّ الجعل على بيعه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل رهن رجلاً عبداً لامرأته بعلم منها ورضى، فقام رجل غير الذي عليه الحق، فقال للمرتهن: أنا آخذ هذا الرهن، فيكون بيدي وأضمنه لك من كان شيء إلا الموت، فإن حل الأجل أعطيتك حقك، فرضي بذلك صاحب الحق، وأقر الحميل العبد عند المرأة، ولم يقبضه، ولم يحزهُ، فلما حل الأجل، قام الحميل على العبد لبيعه في قضاء الحق، فحالت المرأة دونه، وقالت: غلامي بيدي، لم يفارقني ولم يقبضه، واحتج الحميل بإذنها في رهن العبد ورضاها، قال: يغرم الحميل لصاحب الرهن ما ضيع حين لم يقبض الرهن، وغرَّ المرتهن من الرهن، ويطلب الحميل زوج المرأة بما غرم عنه وليس له قبل المرأة في عبدها شيء، لأن الرهن ليس مقبوضاً. ولو باعت المرأة العبد أو أعتقته، جاز ذلك لها، ولم يرد، ولو أن الحميل أقر العبد عند المرأة

أياماً، ثم قام على أخذه قبل محل الأجل، لم يكن للمرأة تحول بينه وبين قبض العبد، لأنه يقدر في مثل هذا بالشغل يعرض له والسفر، فأما إذا أخر قبضه حتى يحل الحق، فإنه يعلم أن ليس ذلك برهن مقبوض، لأن الناس إنما يأخذون الرهن لأن يكون لهم وثيقة من حقوقهم إذا حلت.

قال الإمام القاضي: هذا بين على ما قاله، من أن الحميل الضامن للرهن يلزمه أن يغرم لصاحب الرهن ما ضيع حين لم يقبض الرهن وتركه بيد المرأة حتى حل الأجل، لأنه إذا فعل ذلك فقد رضي بتركه عندها وإبطال حقّ المرتهن فيه، بخلاف إذا تركه عندها الأيام اليسيرة، ثم قام على قبضه حسبما قاله.

وقد مضى في أول سماع ابن القاسم، القول فيما يلزم الضامن للرهن إذا قال أنا ضامن لرهنك، أو لما نقص من رهنك، أو لما نقص من حقك، أو لما أصاب رهنك مستوفى، فلا معنى لإعادته. والله الموفق.

مسألة:

وعن رجل اشترى من رجل أرضاً إلى أجل، على أن يعطيه كل شهر ديناراً، فإذا حل الأجل أعطى له بقية الحق، وجعله له رهناً بحقه على يدي رجل، فهلك المشتري قبل أن يحل أجل الحق، ولا مال له، إلا الأرض، وليس في ثمن الأرض وفاء بحقه ذلك، وعليه ديون للناس، سوى هذا الحق، فأراد الورثة أن يعطوه ديناراً كل شهر، على ما كان اشترط عند البيع، ولا يكسر عليهم أرضهم. قال: أما إذا مات الذي عليه الحق، فقد حل عليه كل حقّ عليه إلى أجل، وإن لم يأت ذلك الأجل، وتباع الأرض بما قامت، وان لم يكن في ثمنها وفاء للحق الذي رهنت فيه، والمرتهن أولى بثمنها من الغرماء، لأنها رهنت في حقه[1].

قال الإمام القاضي: وكذلك لو اشترط تكون الأرض رهناً بيده إلى ذلك الأجل، لجاز ذلك، لأن الأرض يجوز أن تباع على أن تقبض إلى أجل، بخلاف العروض والحيوان التي لا يجور أن تباع على أن تقبض إلى أجل، فلو باع رجل شيئاً من الحيوان

(١) ابْنُ عَرَفَةَ: هَذَا عَلَى أَصْلِهِ فِي إجَازَتِهِ بَيْعَ مَا فِيهِ غَرَرٌ إذَا وُقِفَ ثَمَنُهُ قِيَاساً عَلَى قَوْلِ الْمُدَوَّنَةِ فِي كِرَاءِ الْأَرْضِ الْبَعْلِ غَيْرِ الْمَأْمُونَة، وَكُرِّرَ هَذَا فِي مَوَاضِعَ، وَمِثْلُهُ لِلْمَازِرِيِّ قَالَ: إنْ شَرَطَ وَقْفَ الثَّمَنِ عَلَى إنْ خَرَجَ الْجَنِينُ عَلَى الصِّفَةِ الْمُشْتَرَطَةِ تَمَّ الْبَيْعُ جَرَى عَلَى هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ الْمَشْهُورَيْنِ فِيمَنْ اكْتَرَى أَرْضاً غَرِقَةً، وَفِيمَنْ اكْتَرَى دَابَّةً بِعَيْنِهَا عَلَى أَنْ لَا يَرْكَبَهَا إلَّا إلَى أَجَلٍ بَعِيدٍ بِشَرْطِ وَقْفِ الثَّمَنِ. التاج والإكليل ٣٨٣/٧.

أو العروض بثمن إلى أجل، واشترط أن يبقى ذلك بيده رهناً إلى ذلك الأجل لم يجز، وكان بيعاً مفسوخاً. كذلك روى ابن وهب عن مالك في الحيوان، قاله ابن القاسم في العروض، ولو وضع هذه الأشياء التي لا يجوز ارتهانه إياها عند بيعها على يدي غيره، لكان ذلك جائزاً، وكان أحقّ به من الغرماء. وقد قيل: إنه لا يجوز أن يبيع الرجل شيئاً من الأشياء بثمن إلى أجل، على أن يكون له رهناً بحقه وإن وضعه على يدي عدل، قال ذلك أصبغ ورواه عن أشهب في سماع سحنون من كتاب السلم، والآجال، وعلى قياس ذلك يأتي ما حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية أصبغ عن ابن القاسم، أنه لايحل أن يتواضع الثمن في البيع المضمون، ولا بأس بالرهن والحميل من البائع إذ انتقد الثمن، والعلة في ذلك عندهما أنه إذ حل الأجل وأعسر بالثمن، بيعت الدار، فإن كان فيها فضل كان للمشتري، وإن كان نقصان فعليه، فكأنه باع منه داراً أو شيئاً لا يقبضه، على أن يكون له ما زاد، وعليه ما نقص، وقد اختلف إذا وقع على هذا القول، فقيل: إنه بيع فاسد، يسلك به مسلك البيع الفاسد في كون الغلة للمشتري بالضمان، وسائر أحكام البيع الفاسد، وقيل: إنه ليس ببيع فاسد، وإنها هي إجارة فاسدة، كأن ربّ الدار استأجره على أن يبيعها له بثمن سماه، على أن يكون له ما زاد على الثمن إجارة له، فإن باعها كان الثمن لرب الدار، وكان للذي باعها أجر مثله، في بيعه إياها، وإلى هذا ذهب أصبغ، على ما اختاره من اختلافهم في الذي يبيع من الرجل السلعة على ألا نقصان عليه، فقد قيل فيها القولان جميعاً، اختلف في ذلك قول مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة.

وقد مضى القول على هذا في سماع سحنون من كتاب السلَم والآجال.

وفي رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الإيمان بالطلاق. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل باع رجلاً بيعاً فرهنه خدمة مدبر له، فقال: لا يعجبني هذا، إلا أن يكون مؤاجراً أو مخارجاً، فيرهنه أجرته.

قال محمد بن رشد: إنما لم يجز خدمة المدبر لأن ذلك غرر إذ لا يدري مبلغ ما يؤاجره به، ومعنى ذلك، إذا كان الرهن في أصل البيع، على القول بأن رهن الغرر لا يجوز في أصل البيع، والمشهور أن ذلك جائز، وهو الظاهر من قول ابن القاسم في المدونة في إطلاقه إجارة رهن الثمرة التي لم يبد صلاحها، والزرع الذي لم يبدُ

صلاحه، وقد أجاز في كتاب المدبَّر منها رهن المدبر، ولم يفرق بين أن يكون ذلك في أصل البيع وبعد عقده. وإذا جاز رهن المدبر مع ما فيه من الغرر، إذ لا يباع للمرتهن في حياة الراهن، وجاز ارتهان الثمرة قبل أن يبدو صلاحها فما الذي يمنع من ارتهان خدمة المدبر؟ وهو يقدر على أن يؤاجره في الوقت، فتكون إجارته رهناً له، وذلك أخف في الغرر والجعل من رهن الثمرة التي لم يبد صلاحها، والزرع الذي لم يبد صلاحه، وأما رهن إجارته إذا كان مؤاجراً فلا إشكال في جواز ذلك. والحيازة تصح في ذلك بإشهاد المرتهن على الراهن بحضرة المستأجر، فإذا حلت الإجارة عليه قبضها المرتهن، وطبع عليها عنده، لئلا ينتفع بها، وجعلت على يدي عدل، وفي قوله: إلا أن يكون مخارجاً نظر، لأن كونه مخارجاً هو أن يكون السيد قد ضرب عليه خراجاً معلوماً يأخذه منه مياومة أو مشاهرة، وإذا كان ذلك، فلا يصح ارتهانه، لأن الرهن لا يصح إلا بالحيازة لقول الله عزْ وجل: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولا يصح أن يكون العبد حائزاً للمرتهن ما عليه من الخراج، لأن يده كيد سيده الراهن فيما ضرب عليه من الخراج. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وكل رهن لم يقبض من الراهن ويحز عنه بأمر الراهن فيه جائز، إن أعتق أو وطئ أو باع أو وهب أو نحل أو تصدق، وكل ما صنع فيه من شيء فهو جائز له إذا كان موسرا، ويؤخذ منه ما عليه من الدين، وأعطى صاحبه، وإن لم يكن موسراً لم يجز منه شيئاً، إلا أن يطأ أمة فتحمل منه، أو شيئاً فيبيعه فينفذ بيعه، فأما عتق أو هبة أو صدقة فإنه لا يجوز له أن يكون موسراً لأنه لم يقبض منه فليس هو برهن، وإن أفلس الراهن قبل أن يقبض المرتهن رهنه، ويقوم عليه، كان المرتهن فيه إسوة الغرماء، فإن قام المرتهن على قبضه وحوزه قبل أن يحدث الراهن فيه شيئاً مما يفوت به، كان للمرتهن أن يخرجه من يد الراهن حتى يكون له رهناً مقبوضاً يجعله المرتهن على يديه أو يدي من يرضى به، إن كره الراهن أن يكون على يدي المرتهن، ولم يكن المرتهن اشترط ذلك على الراهن عند ارتهانه الرهن، بجعله المرتهن على يدي من يرضى به، وكذلك كل من اشترط رهناً في بيع أو سلف، ولم يشترط قبضه، ثم طلب ذلك قبل أن يفوت الرهن، فإن ذلك له، وإن كره الراهن أن يكون في يدي المرتهن، فقال لا أرضى أن يكون رهني في يديك وضع لهما على يدي من يرضيان به جميعاً، ولم يجعل على يدي المرتهن، لأنه لم يشترط ذلك على الراهن عند ارتهانه إياه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنة لا إشكال فيها ولا اختلاف في شيء من وجوهها ومعانيها. وقوله فيها: فإما عتق أو هبة أو صدقة، فإنه لا يجوز له، إلا أن يكون موسراً، معناه: موسراً بما عليه من الدين وقوله: إن المرتهن أن يقوم على الراهن، بأن يخرج الرهن من يديه، حتى يكون له رهناً مقبوضاً يجعله المرتهن على يديه، أو يدي من يرضى به، إن كره الراهن أن يكون بيد المرتهن، معناه: إذا رضي الراهن أن يكون بيد الذي رضي المرتهن أن يكون بيده، فإن لم يرض بذلك وضعه السلطان بيد من يرضى به إذا لم يتفقا جميعاً على من يكون بيده، يبين هذا قوله في آخر المسألة: وضع لهما على يدي من يرضيان به جميعاً، وإنما جاز تفويتُ الراهن للرهن بعد أن رهنه بما ذكره وإن كان الرهن يلزم بالعقد، ويحكم للمرتهن بقبضه، مراعاة لقول من يقول: إنه لا يكون رهنا، ولا يلزم الحكم به، وإن تشاهدا عليه، ما لم يقبض، لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] والرهن في هذا بخلاف الهبة والصدقة ومن وهب أو تصدق، فلا يجوز له بيع ما وهب، ولا هبته لغيره، وإن لم يحز عنه ولا قبضت منه، لأن الحيازة في الرهن ألزم منها في الهبة والصدقة. قد قال ناس في الهبة والصدقة: إنهما لا يفتقران إلى حيازة، ولم يقل ذلك أحد في الرهن، لقول الله عزّ وجل: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

فصل:

وهذا إذا اطاع الراهن للمرتهن بالرهن بعد عقد البيع، أو بعد عقد السلف، وأما إن باعه بيعاً أو أسلفه سلفاً على أن يرهنه عبداً أسماه فباعه أو أعتقه قبل أن يقبضه المرتهن، فإن كان فرط في قبضه حتى باعه الراهن أو أعتقه، فلا حقّ للمرتهن فيه، ولا شيء له على الراهن المبتاع لأنه قد ترك رهنه بتفريطه في قبضه، وإن كان أعتقه أو باعه بفور رهنه إياه، دون أن يطول، ولم يكن من المرتهن تفريط في قبضه، مضى البيع والعتق أيضاً، وكان للمرتهن أن يفسخ البيع عن نفسه، لأنه إنما بايعه على ذلك الرهن بعينه، فلما فوته عليه كان أحقّ بسلعته إن كانت قائمة، أو قيمتها إن كانت فائتة. هذا معنى ما في كتاب الرهون من المدونة. وقد قيل: إن الثمن يوضع له رهناً. قاله أبو إسحاق التونسي، على قياس قول أشهب في الراهن يكاتب العبد الرهن قبل أن يقبضه المرتهن إن الكتابة تكون رهناً. وفي كتاب ابن المواز: إنه يوضع له رهن مكانه، وقد سأله في المدونة عن هذا فلم يجبه عليه، وهذا إذا كان المرتهن قد دفع السلعة أو السلف، وأما إن كانت سلعته لم تخرج من يده ولا سلفه فهو أحقّ بسلعته أو سلفه،

سواء فرط في القبض أو لم يفرط، ولم يختلفوا إذا دُبر قبل الحوز أن خدمة المدبر، لا تكون رهناً، لأنها نحلة ولم يكن ارتهن شيئاً من الغلة. وبالله التوفيق.

مسألة:

ومن ارتهن رهناً فكتب أنه قبضه المرتهن، وحازه ولم يفعل، ثم إن صاحبه باعه، فبيعه جائز، لأنه ليس برهن مقبوض، فأمر صاحبه فيه جائز، وليس كتاب المرتهن أنه قبضه وحازه ولم يفعل بشيء.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إن الشاهد في الرهن على الحيازة والقبض، لا معنى له في وجه من الوجوه، إذا علم أن ذلك لم يكن بإقرار المرتهن بذلك، ولو تشاهدا على القبض والحيازة، ولم تعاين البينة ذلك، ثُم باع الراهن الرهن، فادعى المرتهن أنه باعه تعدياً عليه، ومناقصة له فيه بعد أن قبضه منه على ما تشاهدا عليه، لوجب أن ينفذ البيع ويبطل الرهن، إن كان الرهن بيد الراهن أو بيد المبتاع، وأن لا ينفذ على اختلاف إن كان بيد المرتهن، وكذلك لو قام الغرماء على الراهن، فالفيء الرهن بيد المرتهن، فقال: قبضته حين تشاهدنا على ذلك قبل قيام الغرماء، وقال الغرماء: بل قبضتَه بعد قيامنا، لكان المرتهن أحقّ به على اختلاف. والقولان في هذين الوجهين يتخرجان على القولين القائمين بين كتاب الهبة والصدقة من المدونة في الذي يهبُ الجارية لرجل، ويشهد له أنه قد قبضها وحازها ولم تعاين البينة القبض والحيازة، ثم مات الواهب وأُلفيت الجارية في يد الموهوب له، فقال: قبضتها في صحة الواهب، حين أشهد لي بقبضها، وقال الورثة: بل قبضتها بعد موته، ولم تشاهدا على الرهن والهبة دون القبض والحيازة، فالذي الرهن بيد المرتهن، أو الهبة بيد الموهوب له بعد الموت أو بعد قيام الغرماء، فادَّعيا أنهما قبضا ذلك، لم يصدق واحد منهما في ذلك باتفاق، إلا أن تكون لهما بينة على ذلك، ولا ينتفع في الرهن بإقامة البينة على أنه قد مضى قبضه وحازه قبل قيام الغرماء إلا أن تشهد البينة أنه قبضه وحازه بأمر الراهن وإذنه، والرهن في هذا بخلاف الهبة، لأن القبض فيه أوجهُ لقول الله عزْ وجل: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ ولأن من أهل العلم من يقول: لا يكون رهناً حتى يكون مقبوضاً. وبالله التوفيق.

مسألة:

ولو أن رجلاً ارتهن من رجل رهناً بحق له إلى أجل، واشترط وضع الرهن على يد رجل ضمن للمرتهن قبضه وحوزه، وتحمل له مع ذلك بالحق إلى الأجل الذي رهن

الرهن إليه فيه، فتركه عند الراهن ولم يقبضه، فقام صاحب الحقّ على قبض الرهن وحوزه، فقال الحميل: أنا أخرته عند الراهن، إرادة الرفق به، وأنا له وللحق ضامن إلى الأجل، فإن الحجة في ذلك إلى المرتهن، لأنه يقول: أخاف أن يفلس الحميل، والذي عليه الحق، فيدخل معي في الرهن عندي ولا آخذ من حقي وفاءً فأرى أن يؤمر الحميل بقبض الرهن من الراهن، فإن لم يفعل نزع منه، ووضع للمرتهن على يدي غيره. والحمالة بالحق عليه كما هي.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة، لا وجه للقول فيها، إذ لا إشكال في شيء من وجوهها ومعانيها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في المرتهن يفتات على الراهن، في بيع الرهن، فيفوت، ولا يعرف له الراهن ولا المرتهن صفة ولا قيمة يؤخذ بها، ولا بينة بينهما، واختلفا على ذلك، واجتمعا على الحق، ولم يختلفا فيه: إن المرتهن يحلف على ما باع به الرهن، ثم يجعل ذلك ثمنه.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة: أنه الراهن يدعي أن قيمة الرهن رهنه أكثر مما باعه به المرتهن، والمرتهن يقول: بل قيمته ما بعته به، وهذا وجه قوله: واختلفا على ذلك، ويحتمل أن يكون وجه اختلافهما أن كل واحد منهما يدعي على صاحبه أنه يعلم صفته، فالراهن يقول للمرتهن: صفه فيتبين من وصفك إياه أنك بعته بأقل من قيمته، والمرتهن يقول للراهن: صفه أنت فيتبين من وصفك إياه أني بعته بقيمته. ووجه الحكم في ذلك إن ادعى الراهن أن قيمة الرهن أكثر مضوا باعه المرتهن، ولم يدع واحد منهما على صاحبه أنه يعلم صفته، أن يحلف المرتهن ما كانت قيمته أكثر مِمَّا باعه به، ويزيد في يمينه: ولقد باعه بكذا وكذا إن لم يكن له بينة على معرفة ما باعه به، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن أن قيمته كذا وكذا، واستوجب ما حلف عليه، وأما إن ادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يعرف صفته، فيحلف كل واحد منهما على صاحبه أنه يعرف صفته لصاحبه ابتداء أنه ما يعلم صفته، فإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً أو حلف الراهن، ونكل المرتهن عن اليمين، كان الحكم في ذلك على ما وصفت لك من يمين المرتهن، إن لم يدع واحد منهما على صاحبه أنه يعرف صفته، وإن حلف المرتهن أنه ما يعلم صفته، ونكل الراهن عن اليمين أنه ما يعلم صفته، لم يجب على المرتهن اليمين، بأن يحلف ما كانت قيمته أكثر مِمَّا باعه به، ويحلف لقد باعه بكذا وكذا، إن لم تكن له بينة على معرفة ما باعه به، وقوله في الرواية: إن المرتهن

يحلف على ما باع به الرهن، ثم يجعل ذلك ثمنه، معناه: إذا لم تكن له بينة على معرفة ما باعه ولـم يدع عليه الراهن أنه باعه بأقل من قيمته، ولو ادّعي ذلك عليه، لوجب أن يزيد في يمينه وما كانت قيمته أكثر من ذلك، ولو لم يدع ذلك عليه وكانت له بينة على معرفة ما باعه، لم يجب عليه يمين.

ووقع في بعض الكتب في هذه المسألة مكان واختلفا على ذلك: وحلفا على ذلك، ومعناه: إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يعلم صفته على ما ذكرناه، ورأيت لابن دحون أنه قال في ذلك: يمين الراهن لا معنى لها، هو يأخذ ما أقر به المرتهن من الثمن إذا جهلا الصفة، فلا معنى ليمين الراهن، وإنما يصح قوله إذا لم يدع واحد منهما على صاحبه، أنه يعرف صفته، وإنما اختلفا في مبلغ ما باع به الرهن. وظاهر الكلام خلاف هذا لأن قوله على ذلك، إنما هو إشارة منه إلى ما تقدم من أن كل واحد منهما يقول: لا أعرف صفته ومعناه، ويقول لصاحبه: وأنت تعرفها، فلا وجه للمسألة غير ما ذكرناه فيها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الراهن والمرتهن يختلفان في الرهن بعينه فيقول الراهن: رهنتك ثوباً جديداً ويقول المرتهن: بل رهنتينه ثوباً خلِقاً، وهو هذا بعينه، ولا بينة بينهما، واجتمعا على الحق، كان القول قول المرتهن مع يمينه.

قال محمد بن رشد: أما إذا اتفق الراهن والمرتهن على الرهن بعينه، واختلفا في صفته يوم رهنه إياه، فقال الراهن: كان جديداً وقال المرتهن: كان خلقاً على ما هو عليه، فلا اختلاف ولا إشكال في أن قول المرتهن، في أنه رهنه إياه خلقاً على ما هو عليه، لأن الراهن مدع عليه أنه لبِس الثوب حتى أخلقه، وقد أحكمت السُّنةُ أن البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر. وأما إن أتى المرتهن بالثوب خلقاً فقال الراهن: ليس هذا ثوبي، لأني رهنتك ثوباً جديداً وقال المرتهن: بل هو ثوبك بعينه، رهنتنيه إياه خلقاً على ما هو عليه، فقال ابن القاسم ها هنا: إن القول قول المرتهن، ظاهر قوله أشبه أن يكون ذلك الثوب خلقاً على ما هو عليه، يرهن في مثل ذلك الحق، أو لم يشبه، إذ لـم يفرق بين ذلك، خلال قول أصبغ في نوازله بعد هذا ومثل قول أشهب. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعند رجل رهن عبداً فأعتقه الراهن أو دبره، إن الراهن إذا كان موسرا بما عليه

دفع إلى المرتهن حقه، وجاز عتقه أو تدبيره وإن كان غير موسر بما رهنه، فلا عتاقة ولا تدبير له، والمرتهن أحقّ برهنه حتى يستوفي حقه.

قال محمد بن رشد: ساوى في هذه الرواية بين العتق والتدبير، في اليسر والعدم، فقال: إن كان موسِراً بما رهنه به، عجل له حقه، وجاز عتقه أو تدبيره، وإن كان غير موسر بذلك، فلا عتاقة له ولا تدبير، وفرق بينهما في المدونة في اليسر والعدم أيضاً، فقال في التدبير: إنه جائز، ويكون رهناً بحاله، لأن للرجل أن يرهن مدبَّره.

قال محمد بن المواز: فإذا حل الأجل ولا مال له بيع، يريد: وإن كان موسراً يوم رهنه، بخلاف ما قاله في العتق، والذي يوجبه النظر الصحيح في هذه المسألة، أن يفرق فيها بين أن يكون الراهن يوم دبره موسراً بما رهنه فيه، أو غير موسر بذلك، فإن كان موسراً بذلك، عجل له حقه وجاز تدبيره على ما قاله في هذه الرواية، خلاف ما في المدونة، لأن التدبير إن أُجيز علي، ما في المدونة دون أن يعجل للمرتهن حقه، فحل الأجل ولا مال للراهن غير المدبَّر، فإن لم يبع للمرتهن من أجل أن الراهن كان موسراً يوم دبره، والتدبير لا يرد. في حال الحياة الدين الحادث بعده دخل عليه ضرر في رهنه، وإن بيع له في حقه على ما قاله محمد بن المواز، كان ذلك إبطالاً للتدبير الذي قد توجه تنفيذه بإجازته، وان لم يكن موسراً بذلك، جاز تدبيره على ماله في المدونة خلاف قوله في هذه الرواية: إنه إن كان غير موسر بما رهنه فلا عتاقة ولا تدبير له، لأنه إن لم يكن موسراً بما رهنه يوم دبره بما رهنه على المرتهن ضرر في تدبيره، إياه، لأن من حقه أن يباع له في دينه إذا حل أجله وإن كان قد دبره، لأن دينه قد سبق التدبير، فلا وجه لرد تدبيره إذا لم يكن موسراً يوم دبره بما رهنه به، وكذلك اختلف، إذا كاتب الراهن عبده بعد أن رهنه، فقال محمد بن المواز يبقى مكاتباً، وفي هذا نظر، لأنه قد يعسر يوم حلول الأجل، فلا يكون في ثمن الكتابة إذا بيعت وفاء بالدين، فتبطل الكتابة. وقال في المدونة: إن ذلك بمنزلة العتق، إن كان للسيد مال، أخذ منه ومضت الكتابة، يريد: وإن لم يكن له مال نقضت الكتابة، إلا أن تكون قيمة الكتابة مثل الدين، فيجوز بيع الكتابة في دينه، وإن لم يكن في قيمة الكتابة وفاء بالدين، نقصت كلها، لأنه لا يكون بعضه مكاتباً، بخلاف المدبر إذا كان بعضه يفي بالدين، لأنه يجوز أن يكون بعضه مدبراً عند ابن القاسم. وقال محمد: لا يكون بعضه مدبراً، كما لا يكون بعضه مكاتبه. والذي في المدونة من أن الكتابة في هذا بمنزلة العتق هو الصواب المشهور في المذهب، ولم يختلفوا في العتق أنه إن كان له مال أخذ منه الحقّ معجلاً، ومضى

العتق، وإن لم يكن له مال، وكان في العبد فضل، بيع منه، وقضى الدين، وأُعتق الفضل، وإن لم يكن فيه فضل لم يبع حتى يحل الأجل، لعله أن يكون فيه حينئذ فضل، فقوله في هذه الرواية: وإن كان غير موسر بما رهنه، فلا عتاقة له ولا تدبير، معناه: إذا لم يكن فيه فضل للعتق أو للتدبير، وقال أبو الزنند: إذا لم يكن مع السيد مال، فقضى العبد ما هو فيه مرهون أعتق ولم يتبع سيده بشيء من ذلك، والصواب أن يتبع سيده بذلك، إذا أداه عنه على سبيل السلف لأنه لما تعدى بعتق العبد، فقد رضي ببقاء الدين في ذمته، فلو رضي المرتهن بإجازة العتق واتباع ذمته بحقه، لكان ذلك له، ولو أدى ذلك الدين أحدٌ عنه سلفاً، لكان له أن يتبعه له، ويمضي عتق العبد، ولم يكن له في ذلك كلام، إذ قد رضي بعتق العبد، وبقاء الدين في ذمته. فلو رضي المرتهن بإجازة العتق واتباع ذمته بحقه، لكان ذلك له، ولو أدى ذلك الدين أحد عنه سلفاً، لكان له أن يتبعه به ويمضي عتق العبد، ولم يكن له في ذلك كلام، إذ قد رضي بعتق العبد وبقاء الدين في ذمته، فكذلك العبد إذا أراد أن يسلف سيده المال، ويتبعه به ديناً في ذمته. ووجه ما ذهب إليه أبو الزنند، أن عتقه لما لم يتم إلا بقضاء الدين، صار كأنه أداه، وهو في ملك سيده. وفي هذا نظر، قد ذكره أبو إسحاق التونسي في كتابه فمن شاء وقف عليه فيه. هذا كله إذا أعتق الراهن العبد المرهون أو دبره بعد أن حازه المرتهن.

وقد مضى القول في هذا الرسم إذا فوت الراهن الرهن بشيء من وجوه الفوت، قبل أن يجوزه المرتهن، فلا وجه لإعادته بالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجل يرتهن الجارية فيزوجها غلاماً له، بغير إذن سيدها، فتلد له، فتموت من نفاس أو لا تموت، إن ولدها لسيدها، وهم رهْنٌ مع أمهم، ويفسخ نكاحها، وأما إن ماتت من نفاس نكاحها ذلك، فلا ضمان عليه. قال ابن القاسم بلغني هذا عن مالك وليست آخذ به، وأراه ضامناً لها إذا ماتت من قبل الحمل(١).

قال محمد بن رشد: قد قال مالك في غير هذا الكتاب: إنه ضامن، مثل قول ابن القاسم. وقال أشهب: لا ضمان عليه في الموت من الولادة، لأن الحمل ليس بإرادة

---

(١) من المدونة: قُلْت: أَرَأَيْت الرَّجُلَ يَرْتَهِنُ الْجَارِيَةَ فَيَطَؤُهَا وَيَقُولُ: ظَنَنْت أَنَّهَا تَحِلُّ لِي؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: مَنْ وَطِئَ جَارِيَةً هِيَ عِنْدَهُ رَهْنٌ إنَّهُ يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ.قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَا يُعْذَرُ فِي هَذَا أَحَدٌ ادَّعَى الْجَهَالَةَ.قَالَ: وَقَالَ مَالِكٌ: حَدِيثُ الَّتِي قَالَتْ زَنَيْتُ بِمَرْعُوشٍ بِدِرْهَمَيْنِ إنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِهِ.وَقَالَ مَالِكٌ: أَرَى أَنْ يُقَامَ الْحَدُّ وَلَا يُعْذَرُ الْعَجَمُ بِالْجَهَالَةِ. المدونة ٦/٢٦٨.

المرتهن. وقال أصبغ: لأنه إنما تعدى في النكاح لا في الوطء. وقول ابن القاسم، هو الصحيح، لأن الحمل سببه الوطء، وقد قال مالك رحمه الله: جل النساء على الحمل، فإذا زوجها المرتهن، فقد أباحها للوطئ وعرضها للحمل. وقد قالوا فيمن طرد صيداً من الحرم إلى الحل: إن عليه الجزاء، من أجل أنه عرضه للصيد. وهذا مثله في المعنى وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل رهن رجلاً رهناً في حقّ لهُ إلى أجل، فأقاما الرهن بأربعة دنانير، فضاع الرهن، فأرى قيمة الرهن، ما قوماه به، إلا أن يكونا قصَّرا في قيمة الرهن أو زادا فيه، فيرد إلى قيمته إذا علم ذلك. قال ابن القاسم: كل مَن ارتهن رهناً مما يُغاب عليه، فالقيمة فيه يوم رهنه، وإن تداعيا في الحقّ والرهن قائم، فالقيمة فيه يوم يتداعيان فيه.

قال محمد بن رشد: قال ها هنا في الرهن الذي يغاب عليه إذا أهلك عند المرتهن: إن عليه قيمته يوم ارتهنه. وقال فيما تقدم في هذا الرسم: إن عليه قيمته يوم ضاع عنده.

وقد مضى القول على ذلك هناك مستوفى فلا معنى لإِعادته. وإذا وجبت عليه قيمته يوم ارتهنه على ظاهر هذه الرواية، أو على ما حملناها عليه، وكانا قد قوما الرهن يوم الارتهان، فالواجب أن تكون قيمته ما قوماه به، إلا أن يكونا قصَّرا في تقويمه كما ذكر. وبالله التوفيق.

مسألة:

ومن ارتهن رهناً بغير بينة ثم زعم أنه قد رده إلى صاحبه، وأخذ حقه منه، فينكر ذلك صاحب الرهن، إن صاحب الرهن يحلف على ما قال، ويضمن المرتهن الرهن.

قال محمد بن رشد: هذا بيّنٌ على ما قاله، لأن ما كان لا يصدق في دعوى الضياع فيه من العواري والرهون التي يغاب عليها، فلا يصدق في دعوى الرد فيه، سواء قبض ذلك ببينة أو بغير بينة. وهذا ما لا اختلاف فيه لحفظه في المذهب، إلا ما وقع في آخر سماع أبي زيد من كتاب الوديعة، فإن فيه دليلاً على أنه يصدق في دعوى ردّ الرهن إذا قبضه بغير بينة، وهو بعيد، فلعله إنما تكلم على الرهن الذي لا يغاب عليه، فتصح المسألة وتأتي على الأصل.

وقد مضى في أول سماع عيسى وسماع أصبغ من كتاب الرواحل والدواب، تحصيل القول في هذا الأصل. وبالله التوفيق.

مسألة:

ولو أن رجلاً كان عنده رهن فمات المرتهن والرهن عنده، واستخلف رجلا فأعطى الخليفة الرهن بعض ما يلي ممن استخلفه عليه من ورثة الميت أن يقتضي له دين أبيه، فانطلق المأمور برهنه، فطلب الخليفة نقض ذلك، وأخذ الرهن، قال: يحلف الخليفة بالله أنه لم يأمره أن يرهنه ثم يأخذه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، إنه ليس له أن ينقض ذلك ويأخذ الرهن، إلا بعد يمينه أنه لم يأمره أن يرهنه إن ادعى عليه المرتهن أنه أمره بذلك، وحقق الدعوى وأما إن لم يحقق عليه الدعوى بذلك وأراد أن يحلفه من غير تحقيق الدعوى، فيكري ذلك على الاختلاف في وجوب لحوق يمين التهمة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل جاء إلى ورثة رجل، فقال لهم: إن أباكم رهنني سيفه هذا بكذا وكذا، فهاتوا حقي، وخذوا سيف أبيكم، فقال الورثة: ما نعلم ما تدعي من الحقّ والرهن، فهات سيف أبينا، فقال: إن جاء ببيّنة على ما ذكر من الحقّ والرهن، أخذه، وإن لم يأت ببينة لم يصدق، ودفع السيف إلى أهله، وحلفوا إن كان فيهم من يظن أنه يعلم ذلك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، على معنى ما في المدونة وغيرها. وقد تقدمت في رسم أسلم من سماع عيسى. والقول فيها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل باع من رجل سلعة بثلاثين درهماً إلى شهر، وارتهن بها منه غلاما يغل كل يوم درهماً، واشترط أنه يطرد حقه كل يوم في خراج غلام، وإن لم يجد الغلام كل يوم درهماً، أخذه من سيده، وكان له ضامناً. قال: إذا كان مضموناً كما ذكرت، إن لم يجده عند الغلام أخذه من الراهن، كان جائزاً لا بأس به، ولو لم يكن البيع على ذلك من الشرط أنه يضمن له درهماً كل يوم، إلا أنه ارتهن العبد في حقه إلى محله، فطاع له الراهن بدرهم كل يوم من خراج غلامه، لم يكن بذلك بأس أيضاً ما لم يرد المرتهن العبد على سيده لذلك فيكون الراهن إنما فعل ذلك للذي ردّ عليه من رهنه. قال عيسى: وهذا كله في البيع، فأما في السلف فلا بأس فيه[1].

---

(١) مِن الْمُدَوَّنَةِ: مَنْ ابْتَاعَ سِلْعَةً بِعِشْرِينَ دِينَاراً ثُمَّ بَاعَهَا بِثَلَاثِينَ ثُمَّ أَقَالَ مِنْهَا لَمْ يَبِعْ مُرَابَحَةً إِلَّا عَلَى عِشْرِينَ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَتِمَّ بَيْنَهُمَا حِينَ اسْتَقَالَهُ.

ابْنُ يُونُسَ عَنْ بَعْضِهِمْ: إِنَّمَا لَمْ يَجْعَل الْإِقَالَةَ هَاهُنَا بَيْعاً حَادِثاً لِأَنَّهُ إِقَالَةٌ بِحَضْرَةِ الْبَيْعِ، وَلَوْ تَنَاقَدَا =

قال الإمام القاضي: أما إذا وقع البيع على أن يرهنه العبد وهو يغل كل يوم درهماً على أن يقتضي غلته من حقه، فلا يجوز، إلا أن يكون السيد ضامنا لذلك، إن لم يجد عند الغلام الدرهم كل يوم أخذه من السيد الراهن. ولو رهنه الغلام بعد عقد البيع، وطاع له أن يأخذ غلته من حقه، لجاز ذلك من غير ضمان. وأما السلف فذلك جائز فيه من غير ضمان، كان شرطاً في أصل السلف أو طوعاً بعد ذلك، إلا أن يطوع له بذلك على أن يرد عليه العبد، فلا يجوز بحال، لا في البيع ولا في السلف، وإن التزم السيد ضمان ذلك، إلا أن يكون الأجل قد حل ففي قول عيسى بن دينار: وهذا كله في البيع، فيما في السلف فلا بأس به، وفيه نظر، إذ إنما يفترق البيع من السلف في موضع واحد، وهو أن يشترط ذلك في أصل البيع وأصل السلف، ولا يجوز في أصل البيع. وهو نص قول مالك في كتاب حريم البير من المدونة وعلى هذا الوجه خاصة، ينبغي أن يرد قول عيسى بن دينار، ولا يحمل على عمومه في كل المواضع. وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن أمكنتني من حلق رأسك

وسألته عن الرجل يرهن الرهن ثم يموت المرتهن، ويأتي الراهن ببينة، أنه رهنه ولا يشهد له بكم رهنه، ويزعم أنه رهنه بدينار، أو يسمى شيئاً هو أدْنَى من الرهن، ويقول للورثة: لا علم لنا بما رهنه به عندك، القول قول من يكون؟ قال ابن القاسم سمعت مالكاً يقول في المرتهن يموت: إن القول قول الراهن فيما زعم، أنه رهنه به، إذا لم يكن الميت ذكر شيئاً، ولم يدع الورثة علماء، ويحلف على ذلك، وإن كانت قيمة الرهن أكثر مما ذكر[1].

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة. وقد تقدمت والقول فيها في رسم

=

وَافْتَرَقَا وَتَبَاعَدَ ذَلِكَ ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تَقَايَلَا فَهَذَا بَيْعٌ مُبْتَدَأٌ وَإِنْ سَمَّوْهُ إِقَالَةً، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ عَلَى الثَّمَنِ الْآخَرِ. التاج والإكليل ٢٧٥/٧.

(١) فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال: ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن، ومن قال شرط تمام قال: يلزم العقد ويجبر الراهن على الاقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام، وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة. وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول. بداية المجتهد ٢٢٢/٢.

صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم. ومضت أيضاً في رسم شك منه. ومضى في الرسم الذي قبل هذا من هذا السماع، وفي رسم أسلم منه إذا أنكر الراهن ما ادعاه ورثة المرتهن من الرهن، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك. وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وسئل عن الرجل يرتهن الرهن، على من ترَى كراء موضعه؟ قال: أما ما يحوزه المرتهن في منزله، مثل الرأس والثوب وما أشبه مما لا يكون في مثله مؤونة فلا كراء فيه لأن هذا يرتهنه الرجل ويحوزه معه في منزله، وعلى هذا أمر الناس، وأما إن كان الشيء له قدرٌ وبال، مثل الشيء يخزنه وما أشبهه، فكراؤه على صاحبه، لأن هذا من النفقة، ونفقة الرهن على صاحبه.

قال الإمام القاضي: أما الشيء الكثير مثل الطعام يختزن، أو المتاع أو العدد من العبيد الذين يحتاجون إلى مسكن يكونون فيه، فلا اختلاف ولا إشكال في أن الكراء في ذلك كله على الراهن، كما قال. وأما مثل الناس وشبهه الذي يحوزه الرجل في منزله ولا يشغل له مكاناً لكرائه، قدر وقيمة. فقال في هذه الرواية: إنه لا كراء للمرتهن في ذلك. وقال الشيوخ: إن هذا معارض لقول ابن القاسم في المدونة: إن للحاضنة على الأب السكنى مع النفقة والكسوة، يريد على عدد الجماجم، مثل قول ابن وهب في الدمياطية وأحد قولي ابن القاسم فيها: إنه لا سكنى لها ولا خدمة والاختلاف في هذا عندي جار على اختلافهم في الحضانة، هل هي من حقّ الحاضن، أو من حقّ المحضون؟ فمن رآها من حقّ الحاضن، لم يوجب نفقة ولا سكنى، إذ لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكفله ويؤويه إلى نفسه ويجب له بذلك حق، ومن رآها من حقّ المحضون، أوجب له السكنى والنفقة، أجرة لحضانته فيجب على قياس هذا الذي قلناه أنه إن كان المرتهن اشترط كون العبد الرهن بيده فأخذه لحقه وحازه في بيته أن لا لكون له كراء إن طلبه، وإن كان لم يشترط كونه بيده فدفعه إليه الراهن بطبعه، ليحوزه لنفسه في بيته أن يكون له الكراء إن طلبه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يستعير الثوب من رجل ليرهنه بعشرة دنانير، فرهنه بها ثم تلف الثوب، فقال: يضمن المرتهن للراهن، ويضمنه الراهن لصاحبه، وهو بمنزلة ما لو بيع في حقه، لأنه يقص به عن الراهن في حقّ المرتهن، فإذا كان يحط به من دينه لمكانه، فهو يغرم ذلك لصاحبه.

قال الإمام القاضي: المعنى في هذه المسألة: أن الثوب ضاع بيد المرتهن، ولذلك قال: إنه يضمنه للراهن، ولو جعله الراهن المستعير للمرتهن بيد عدل فضاع عنده لضمنه الراهن لربه، ولم يكن على المرتهن شيء، ولو جعلاه جميعاً المعير والمستعير للمرتهن بيد عدل فضاع عنده، لكان ضمانه من ربه المعير، ولم يكن على المستعير ولا على المرتهن شيء. وقال أشهب: إنه إذا ضاع عند المرتهن ضمن قيمته للراهن، وضمن الراهن المستعير قيمته لربه المعير يوم طلبه به، يريد أشهب والله أعلم إن المرتهن يغرم للراهن من قيمته يوم ضاع، إذا علم أنه كان عنده يوم ادعى ضياعه على ما ذكرناه في رسم الرهون، وفي قوله: إن المستعير يغرم للمعير قيمته يوم يطلبه نظر، فتدبره. قال: وإذا بيع للمرتهن في حقه، فليس على المستعير من فمنه إلا ما قضى عنه منه، إنْ كلَّه فكله، وإن بعضه فبعضه، ويرد الباقي إلى المستعير، يريد فيدفعه إلى المعير وإن ذهب عند الأمين الذي باعه بأمر السلطان، فضمانه من المعير، وليس على المستعير إلا ما قضى عنه منه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يرتهن الرهن، ثم يعيره المرتهن الراهن، لبعض حوائجه، فيغيب به الأيام الثلاثة أو أقل أو أكثر، ثم يرجع، فيريد المرتهن قبضه على رهنه كما هو، ويأبى ذلك الراهن، ويقول: قد فسخت رهنك، وعاريتك إياي ترد، قال: لا أرى له رهنا ولا أرى له أخذه، إلا أن يرده إليه طائعاً، وإن فلس قبل أن يرده إليه، لم يكن له رهن، وكان إسوة الغرماء، وقد اختلف في أن رَدَّه إليه بعد ذلك وفلس، هل يكون رهناً أو لا يكون رهناً؟ فمالك قال: ليس برهن، والغرماء أولى به، وهو معهم إسوة، وأما أنا فأَحَبُّ إليّ أن يكون رهناً إن هو حازه قبل أن يفلس. وفي كتاب أسد: قلت لابن القاسم: أيكون على الراهن أن يرده ويكون للمرتهن أن يقوم على الراهن فيأخذ رهنه؟ قال: لا إلا أن يكون أعاره على ذلك.

قال محمد بن رشد: الرهن لا يكون إلا مقبوضاً لقول الله عزْ وجل ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فإذا صرف المرتهن الرهن إلى الراهن بعارية أو إجارة أو إيداع، فقد نقص رهنه، وأبطله وأخرجه عن أن يكون رهناً، فإن أراد أن يقوم عليه بعد ذلك، فيأخذ منه رهنه ليرده إلى حالته الأُولى، فأمّا في العارية فليس له ذلك، أراد أن يأخذه منه قبل أن ينتفع به الراهن القدر الذي يرى أنه إنما أعاره إياه لذلك، ولا اختلاف في هذا، بخلاف إذا أعار الرجلُ متاعه لرجل، ثم أراد أن يأخذه منه قبل أن

ينتفع به، فقد قيل: إن ذلك له، وهو الذي يأتي على ما في كتاب العارية من المدونة، لأنه قال فيها: إن الرجل إذا أعار أرضه رجلاً على أن يبني فيها، إن له أن يخرجه منها قبل أن يبني، وبعد أن يبني، ويعطيه قيمة بنيانه قائماً إلا أن يكون قد مضى في المدة ما يرى أنه أعاره إلى مثله، فيكون له قيمة بنيانه منقوصاً. وقيل إنه ليس له أن يخرجه منها بَنَى أو لم يبن حتى يمضي لعاريته من الأجل، ما يرى أنه أعاره إلى مثل. وأما إن أراد أن يأخذه منه بعد أن انتفع به الراهن القدر الذي يرى أنه أعاره إليه لذلك، ففي ذلك اختلاف. قال ابن القاسم في هذه الرواية: وفي المدونة ليس ذلك له. وقال أشهب. ذلك له، وأما إن كان أراد أن يأخذه منه بعد انقضاء أجل العارية، وقد كان ضرب لها أجلاً فذلك له باتفاق، بمنزلة إذا أعاره إياه، على أن يرده إليه، فإن رده إليه في الموضع الذي يلزمه أن يرده إليه باتفاق، رجع رهناً علمت حاله باتفاق، وكذلك يرجع رهناً على حاله إن رده إليه في الموضع الذي يختلف هل يلزمه أن يرده إليه أم لا؟ على مذهب من يرى أنه يلزمه أن يرده إليه. واختلف إن رده إليه باختياره في الموضع الذي لا يلزمه أن يرده إليه باتفاق، أو في الموضع الذي يختلف هل يلزمه أن يرده إليه أم لا؟ على قول من يرى أنه لا يلزمه أن يرده إليه هل يرجع بمجرد رده إليه رهناً على حاله الأول أم لا؟ فأما مالك فقال في هذه الرواية: إنه لا يكون رهناً، يريد أنه لا يرجع بمجرد رده إليه، إلا أن ينص على أنه قد رهنه إياه برده إليه، إذ قد خرج من الرهن الأول بعاريته إياه، وأما ابن القاسم فقال فيها: إنه يكون رهناً، يريد أنه يرجع بمجرد رده إليه رهناً على حاله الأول، فالاختلاف في هذا راجع إلى الرهن، هل تفتقر صحته إلى التصريح به أم لا؟ ومن مذهب ابن القاسم في المدونة أن صحته تفتقر إلى التصريح به حسبما بيناه في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس، لكنه راعى في هذه المسألة تقدم الرهن، فأقام ذلك مقام التصريح به، فليس قوله بخلاف لمذهبه في المدونة من أن الرهن تفتقر صحته إلى التصريح به، وأما مالك فلم يراع تقدم رهنه، إذ قد بطل برده إلى الراهن، فرأى أنه إذا رده إليه لا يكون رهناً حتى يصرح بذكر الرهن، ويجب على مذهبه إذا لم يكن رهناً أن يكون أحقّ به، ما لم يكن ثم غرماء، على معنى ما في المدونة وفي سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس، وأما إذا ردّ المرتهن الرهن إلى الراهن بإجارة، فله أن يقوم عليه ويأخذه منه، فيكون رهناً بيده على حاله الأول إذا انقضت الإجارة، وأما إن قام عليه فأراد أخذه منه قبل انقضاء أجل الإجارة، فليس ذلك له، وقد قيل: إنه إن ادعى أنه جهل أن ذلك يكون نقصاً لرهنه، وأشبه ما قال، إنه يحلف على ذلك، ويكون

له رده، ما لم يقم عليه الغرماء، وأما إذا رده إليه بإيداع، فلا أقف في وقتي هذا على نص الرواية في ذلك، والذي أقول به: إن له أن يقوم عليه فيأخذه منه، ويكون له رهناً. إن لم يكن عليه دين يستغرقه باتفاق، أو ما لم يقم عليه الغرماء على اختلاف قول مالك فيمن رهن رهناً وعليه دين محيط بماله. وبالله سبحانه التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يرتهن الدار، وللدار طريق لجميع الناس، فيسلكها الراهن معهم، فقال: إذا حاز المرتهن البيوت وأكراها، فلا يضره، لأنه حقّ لغير صاحب الدار.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، لأنه إنما رهنه البيوت التي له، ولم يرهنه الطريق الذي ليس له من الحقّ فيه إلا ما لغيره من المرور فيه. وبالله التوفيق [(١)].

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الصلاة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يرتهن الحيوان فيهلك الرهن في يديه، فيدعي أنه ارتهنه بعشرين ديناراً، أو يزعم الراهن أنه رهنه إياه بعشرة دنانير، والبينة تثبت أن قيمة الرهن الذي هلك عشرون ديناراً، إن البينة على المرتهن فيما ادعى فوق العشرة دنانير التي أقر بها الراهن، لأنه لا يقاص شيء من قيمة الرهن الهالك، وهو فيها ادعى فوق العشرة، كمن ادعى مثل ذلك فيمن لم يرتهن شيئاً، فليس له إلا ما أقر به غريمه إذا هلك الرهن في يديه. قيل له: أرأيت الذي يرهن المتاع الذي يغيب عليه، فتقوم البينة على هلاكه وقيمته، والقيمة عشرون ديناراً، وادعى أنه ارتهنه بعشرين ديناراً، وأنكر الراهن أن يكون رهنه بأكثر من عشرة دنانير؟ فقال: إذا هلك الرهن هلاكا ظاهراً يشهد به العدول حتى يبرأ بذلك المرتهن من ضمان الرهن، فلا حقّ له على الغريم الراهن،

---

(١) وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَرْتَهِنُ الدَّارَ.
قَالَ مَالِكٌ: فَلَيْسَ لِرَبِّ الدَّارِ أَنْ يَكْرِيَهَا، وَلَكِنْ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَكْرِيَهَا بِأَمْرِ صَاحِبِ الدَّارِ وَيَلِي الْمُرْتَهِنُ الْكِرَاءَ، وَيَكُونُ الْكِرَاءُ لِرَبِّ الدَّارِ.
قُلْت: وَلَا يَكُونُ الْكِرَاءُ رَهْناً فِي حَقِّهِ؟ قَالَ مَالِكٌ: لَا يَكُونُ الْكِرَاءُ رَهْناً إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ، فَيَكُونُ لَهُ رَهْناً مَعَ الدَّارِ إذَا اشْتَرَطَهُ.
قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَكْرِيَهَا وَيَأْخُذَ كِرَاءَهَا فِي حَقِّهِ قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ ذَلِكَ مِنْ، بَيْعٍ فَلَا يَجُوزُ شَرْطُهُ هَذَا، وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ مِنْ قَرْضٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ.
قُلْت: وَلِمَ قَالَ مَالِكٌ إذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ بَيْعٍ لَمْ يَكُنْ جَائِزاً؟ قَالَ: لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي مَا يَقْبِضُ أَيَقِلُّ أَمْ يَكْثُرُ أَمْ تَنْهَدِمُ الدَّارُ قَبْلَ أَنْ يَقْتَضِيَ. المدونة ٦/٨٧.

إلا ما أقرّ له به مع يمينه، أو ما أثبتته البينة، وإنما جعله مالك مصدّقاً فيما يدعي فيما بينه وبين قيمة الرهن، إذا كان هلاك الرهن غير معروف، ووجب ضمانه على المرتهن، فعند ذلك يصدق المرتهن مع يمينه فيما ادعى ما بينه وبين قيمة الرهن.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم في سماع عيسى من أن الرهن إنما يكون شاهداً لمرتهنه إذا كان قائماً بيده لم يفت، أو كان قد فات وادعى ضياعه، وهو مما يغيب عليه، فلزمته قيمته، لأن القيمة الثانية في ذمته، كالرهن القائم في يديه. وأما إن استحق من يده أو تلف تلافاً ظاهراً وكان مما يغاب عليه، أو ادعى ضياعه وهو مما لا يغاب عليه، فصدق في ذلك مع يمينه، وسقط عنه ضمانه، فلا يكون شاهداً له. وهذا مما لا أعرف فيه نص خلاف في المذهب، وهو بَيِّنٌ، على القول بأَن الرهن لا يكون شاهداً على ما في الذمة، وإنما يشهد على نفسه، وأما على القول بأنه يشهد على ما في الذمة، وهو ظاهر قول مالك في أول سماع ابن القاسم على ما ذكرناه هناك، فيتخرج على قياسه أن يكون شاهداً له بقيمته يوم. رهنه، كان قائماً بيده لم يفت باستحقاق ولا غيره، أو كان قد استحق أو تلف لزمته قيمته أو لم تلزمه، وهو القياس، وإن كانوا لم يقولوا ذلك، لأنه إنما يكون شاهد لَه من أجل أنه يدل على صدق دعواه، لأنه يقال للراهن: إذا قال: إنه رهنه بخمسة في التمثيل، وادعى المرتهن أنه ارتهنه بعشرة، والرهن يساوي عشرة، قول المرتهن أشبه من قولك، إذ لو لم يكن له عليك إلا خمسة فما رهنته بها رهناً قيمته عشرة، فوجب على هذا التعليل، ألّا يلتفت إلى ما أصاب الرهن بعد ذلك من نقصان قيمته بحوالة الأسواق، أو تلافه، أو استحقاقه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له: أرأيت لو أن الرهن كان سالماً ظاهراً بيد المرتهن، وقيمته خمسة عشر ديناراً؟ فقال: إنما ارتهنته منك بعشرين ديناراً، وقال الراهن بل رهنتكه بعشرة دنانير، فصدق المرتهن فيما ادعى إلى أن بلغ قيمة الرهن الخمسة عشر ديناراً، فقال الراهن: أنا آخذ رهني وأقضيك الخمسة عشر التي صدقت بها، أيكون ذلك له؟ فقال: لا يكون له أن يأخذ الرهن إلا أن يعطيه العشرين التي ادعى كلها، قيل له: فإذا لم يكن ذلك له، فإن قال المرتهن للرّاهن: أنا أتطوع لك به على أن تعطيني الخمسة عشر التي صدقت بها، فكره ذلك الراهن، وقال: بل احبس رهنك بجميع حقك علي، فقال أن يرى المرتهن إلى الراهن بالرهن لم يكن له عليه إلا العشرة دنانير التي أقر بها. قال أصبغ: وكذلك لو تواضعا الرهن بيد أمين، ثم اختلفا فيمن رهن به، ولم تكن بينهما بينة: إن القول قول

المرتهن مع يمينه، لأنه لم يتله في يديه ولم يقبضه على الائتمان.

قال محمد بن رشد: لم ير ابن القاسم في هذه الرواية إذا اختلف الراهن والمرتهن في مبلغ ما رهن فيه الرهن، فادعى المرتهن أكثر من قيمته، وادعى الراهن أقل من قيمته، فحلف كل واحد منهما على ما ادعاه من حقّ الراهن على المرتهن أن يفتك الرهن منه بقيمته، ولا من حقّ المرتهن على الراهن، أن يسلمه إليه بقيمته، ورأى الراهن إذا حلفا جميعاً بما فيه، ليس للراهن أن يأخذه من المرتهن، إلا أن يدفع إليه جميع ما ادعاه، وحلف عليه، ولا للمرتهن أن يسلمه إلى الراهن، ويأخذ منه قيمته، وإنما له أن يمسكه أو يأخذ من الراهن ما أقر. وهذا هو حقيقة القياس، على القول بأن الرهن لا يكون شاهداً إلا على نفسه، خلاف قول عيسى بن دينار وقول سحنون في سماع ابن القاسم، وقول ابن القاسم في أول رسم العرية، من سماع عيسى إن الراهن مخير بين أن يفتك الرهن بقيمته، أو يتركه بما فيه، وخلاف ظاهر ما في المدونة، وما في أول سماع ابن القاسم من قول مالك: إن الراهن يلزمه أن يفتك الرهن بقيمته، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها قول مالك: إن الراهن يلزمه افتكاك الرهن بقيمته، والثاني إنه مخير بين أن يكون يفتكه بقيمته، أو يسلمه، وهو قول سحنون وعيسى بن دينار وروايته عن ابن القاسم. والثالث إنه مخير بين أن يفتكه بما حلف عليه المرتهن، أو يسلمه، وكلا هذين القولين: الثاني والثالث، قَدْ تُؤُوِّلَا على ما في الموطأ. وأما قول أصبغ: إن القول قول الراهن فيما رهن فيه الرهن، إذا وضع بيد أمين، فهو دليل ما في الموطأ خلاف المشهور في المذهب الذي تدل عليه ظواهر الروايات في المدونة وغيرها. وقد نص على ذلك ابن المواز في كتابه فقال: إن القول فيه قول المرتهن، وإن وضع بيد أمين. وحكى ذلك إسماعيل القاضي عن مالك في أحكام القرآن. وهو القياس، إذ لا فرق في كونه دليلاً على صدق المرتهن، بين أن يكون في يديه، أو على يدي عدل، ويلزم على قياس قول أصبغ أن يكون من حقّ المرتهن الرهن، أن يكون على يديه، ليكون له شاهداً وإن كره ذلك الراهن، خلاف ما مضى في رسم الرهون من سماع عيسى. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً كره أن يرهن الرجل أمته ولها ولد صغير، لا يجوز له أن يفرق بينهما، وينهى عن ذلك. قال يحيى: وسألت عنه ابن وهب فلم ير به بأساً.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة مستوفى في رسم شك في طوافه الثاني من سماع ابن القاسم، وفي رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب فلا معنى لِإعادة شيء من ذلك. وبالله التوفيق.

ومن كتاب يشتري الدار والمزارع

وسئل عن الرجل يرتهن الرهن بحق له على أن يضمن له رجل ما نقص الرهن من حقه، فحالت الأسواق حتى قل ثمن الرهن جداً، أو دخله عيب أعطبه أو نقصه نقصاناً فاحشا أو هلك، ماذا يضمن الحميل للمرتهن؟ قال: إن هلك الرهن بعطب أصابه من مرض أو مات، ضمن الحميل جميع الحق، وكذلك يضمن ما دخله من النقصان، قلَّ أو كَثُرَ كان ذلك النقصان من عيوب حدثت به، أو حوالة الأسواق.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إنه إذا ضمن ما نقص الرهن من حقه، إنه ضامن لما نقص من حقه إذا بيع الرهن، ولكل ما أصاب الرهن، ولا اختلاف في ذلك.

وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

قال وسألته عن الرجل يسأل الرجل سلفاً ويأتيه برهن ممّا يغاب عليه ليدفعه إليه، فيقول له المستسلف: ضع رهنك عندي وعد إليّ غداً أدفع إليك ما سألتني من السلف، فإذا غدا إليه ليقتضي ما وعده، وجد الرهن قد هلك عند الذي قبضه، أتراه له ضامناً أو يكون مؤتمناً فيه؟ قال: بل يضمنه، وذلك أنه إنما أخذه على حال الاستئناف، فما أراد أن يسلفه، ولم يؤتمن عليه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، لأنه إنما دفعه إليه، ليكون عنده رهناً له، فيما وعده به من السلف، وهو أبين في الضمان، من مسألة كتاب تضمين الصناع من المدونة، في الصانع يفرغ من عمل الثوب، فيقول لصاحب الثوب: خذه، فلا يأتي حتى يضيع عنده إنه ضامن له على حاله.

ومن كتاب الأقضية

قال: وقال ابن القاسم في الذي يرتهن الثمرة، فتهور البير إن إصلاحه على الراهن حتى تتم الثمرة ويتم الرهن لصاحبه، قيل له: فإن أبى أن يصلح، قال: يجبر على ذلك إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، نظر، فإن رأى أن يَبيعَ بعض الأصل خير له، بيع

منه ما يصلح به بئره، فإن تطوع المرتهن في بنيانها، فإن رأى أن تطوعه خير لرب الأرض، قيل للمرتهن: إذا تطوعت فابْنِ وأنفق، ويكون الأصل رهناً لك بالذي تنفق في البير، قيل له: فبماذا يطلب الراهن، أبما أنفق بعينه أو بقيمته ما وضع من الجص والحجارة وأشباه ذلك مقلوعاً أو قيمته قائماً؟ فقال: بالذي أنفق كاملاً، لأنه كالسلف على الراهن.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الراهن يجبر على إصلاح البير حتى تتم الثمرة ويتم الرهن لصاحبه، إلى آخر قوله، خلاف ما في المدونة أن الراهن إذا أبى أن يصلح البير، كان للمرتهن أن يصلحها ليحي رهنه، ولا يرجع بذلك على الراهن، وتكون نفقته في الرهن مبدأة على الدين، فإن وفي الرهن بالنفقة والدين، وفضل منه فضل، كان للراهن، وإن لم يكن في الرهن إلا مقدار النفقة، رجع المرتهن بذمته على الراهن، وإن لم يف الرهن بالنفقة لم يرجع على الراهن بما بقي له من نفقته، قال أشهب: ويكون أولى بماء البير، حتى يعطيه بقية نفقته، فإذا أعطاه إياها أخذ البير بمائها، ولم يكن له عليه بما انتفع من مائها شيء، لأنه كان ضامناً له بنفقته، لوغار ماؤُها ذهبت نفقته، فيكون له الماء بالضمان. فقول ابن القاسم في المدونة: إن المرتهن إذا أنفق في إصلاح الرهن لا يرجع بشيء من ذلك على الراهن، وإنما تكون نفقته في الرهن مبدأة على الدين، فإن لم يف الرهن بها، لم يتبعه بالبقية، يدل على أن الراهن عنده لا يلزمه إصلاح البير، وإن كان له مال، خلاف رواية يحيى هذه، إن ذلك يلزمه إن كان له مال، ويأتي على مذهبه بأن ذلك يلزمه أن المرتهن إن تطوع بإصلاحها فلم يف الرهن بنفقته في إصلاحها، اتبع الراهن بما بقي من نفقته مع دينه، ويحتمل أن يُتأَول في هذه الرواية على أن الرهن كان مشترطاً في أصل البيع أو السلف، فلا يكون ذلك اختلافاً من القول. وبالله التوفيق.

من سماع سحنون من ابن القاسم

قلت لسحنون: بلغني عنك أنك تقول في رجل باع سلعةً من رجل، وارتهن عبداً فاستحق من يده، فقلت: إن كان الراهن غرَّه به، كان الحقّ عليه كله معجلاً، وهو بمنزلة ما لو كان باعه ثقة، وإن كان لم يغره كان بمنزلة موته، أفأنت تقوله؟ قال نعم، أنا أقوله، فقلت: له: فسواءٌ عندك أن كان بايعه على رهن بعينه، أو بغير عينه، فقال: ليس ذلك عندي سواء، إن كان الرهن بعينه، فهو على ما ذكرت لك، وإن كان بغير عينه، أتاه

برهن آخر من حقه[١].

قال محمد بن رشد: فوْت الرهن المعين واستحقاقه، إذا لم يغر به، بمنزلة سواء، إذا كان ذلك قبل قبض المرتهن له، كان بالخيار بين أن ينقض البيع، أو يمضيه برهن غيره إن طاب له بذلك المبتاع، أو بغير رهن، وإن كان قد دفع السلعة استردَّها إن كانت قائمة، أو قيمتها إن كانت فائتة. قال عبد الملك: وله إن شاء إذا فاتت بالعيوب المفسدة، أن يجيز البيع إلى الأجل، وهو بعيد، لأنه يكون على هذا مخيراً بين عشرة نقداً وخمسة عشر إلى أجل، وإن كان ذلك بعد قبض المرتهن له كانت مهيبته منه ولم يكن له على الراهن شيء، وأما إذا غره به، فاستحق من يده بعد قبضه، ففي ذلك اختلاف. قال سحنون في هذه الرواية: يعجل للمرتهن حقه بمنزلة ما لو باعه. وقال عبد الملك يكون عليه رهن مثله.

قال محمد: فإن لم يفعل، رجع في سلعته. إن كانت قائمة، أو قيمتها إن كانت فائتة، إلا أن يشاء أن يجيز البيع بلا رهن. وفي تخييره في إمضاء البيع إذا فاتت السلعة بعد، على ما تقدم، وأما إن تستحق من يده قبل قبضه، فعلى ما تقدم، إذا لم يغرَّه به، إذ لا فرق في استحقاقه قبل قبضه بين أن يغر منه أو لا يغر. وبالله التوفيق.

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

قيل لسحنون: أرأيت الرجل يرتهن السلعة من رجل بحق له عليه إلى أجل، وأشهد له على ذلك الحقّ إلى أجله، ودفع الرهن إليه، فلما حل الأجل قام طالب الحقّ بحقه، فأُلفي الرهن بيد المرتهن، وزعم أنه دفع إليه الحقّ وأخذ رهنه، ويقول: لم يكن ليعطيني الرهن إلا بقبض الحق، وقد بريت إليه بحقه، ورأيت قبض الرهن براءةً لي، فذلك منعني من الإشهاد على الدفع، وصاحب الحقّ يقول: سرقه مني أو اختلسه من يدي، أو أعرته إياه، أو أخذه مني على أن يأتيني بالحق فلم يفعل، فإن القول قول المرتهن بجميع ما ذكر من العذر، إذا كان قيامه ومطالبته بحدثان حلول الأجل، وفي

(١) إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ فَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ: وَهَلْ إِلَّا أَنْ يَسْتَسْلِمَ وَيُخْبِرَهُ بِجَهْلِه، أَوْ يَسْتَأْمِنَهُ تَرَدُّدٌ يَقْتَضِي أَنَّ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَ طُرُقٍ: الْأُولَى: لَا قِيَامَ لِلْغَبْنِ، وَلَوْ اسْتَسْلَمَ، وَأَخْبَرَهُ بِجَهْلِه، وَالثَّانِيَةُ: لَا قِيَامَ بِالْغَبْنِ إِلَّا إِذَا اسْتَسْلَمَ وَأَخْبَرَهُ بِجَهْلِهِ وَالثَّالِثَةُ: لَا قِيَامَ بِالْغَبْنِ إِلَّا إِذَا اسْتَأْمَنَهُ، وَلَمْ أَقِفْ عَلَى الطَّرِيقَةِ الْأُولَى إِلَّا إِذَا حُمِلَتْ طَرِيقَةُ الْقَاضِي عَبْدِ الْوَهَّابِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا عَن الْمَعُونَةِ وَالتَّلْقِينِ عَلَى إِطْلَاقِهَا، وَجُعِلَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: فِيهَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَلَمْ أَقِفْ عَلَى ذَلِكَ. مواهب الجليل ٧/ ٣٦٧.

فوره مع يمينه، فإن نكل حلف الراهن وبرىء وهو عندي مثل الصناع يحملون الأمتعة للناس، ويدفعونها إليهم، ثم يقومون يطلبون الأجر. فقول أصحابنا وقولنا: إن كان قيامهم بحدثان دفعها إلى أربابها بالأيام القليلة صدقوا، وكان القول قولهم إن طلبوا ذلك بعد الرفع بالأيام الكثيرة، والبعد والأمر المتفاوت، وما يرى أن مثل ذلك من معاملتهم ينقطع إلى ذلك الوقت، كان القول قول أهل الأمتعة، وكذلك المرتهن عندي في تباعد قيامه بطلب الحقّ عند الأجل، مثل ما ذكرت في أمر الصناع: إن القول قول الراهن مع يمينه، وهو بريء، فإن نكل حلف المرتهن واستحق، قيل: أرأيت إن كانا لم يضربا أجلاً لحلول الحق، ومسألتي على حالها، وجعلاه حالاً، متى شاء صاحب الحقّ أخذه فألفي الرهن بيد الراهن، وقال: دفعه إليّ منذ شهر، ودفعت إليه الحق، وقال المرتهن: دفعته إليه بالأمس، مثل الذي ذكرت لك في أول المسألة، ثم يتوصل إلى معرفة قرب دفع المرتهن الرهن إلى الراهن، فقال: ينظر في ذلك ويكشف عنه ويستخبر، فإن عرف كان الأمر فيه على ما فسرت لك، فإن عمي أمرهما، فلم يعلم ذلك، كان القول قول المرتهن مع يمينه، لأن قيامه عليه كحول الأجل ساعتئذ، فإن نكل عن اليمن حلف الراهن وبرىء.

قال محمد بن رشد: في المختصر لابن عمر الحكم مثل قول سحنون فيمن دفع إلى رجل ذهباً برهن، ثم قضاه ودفع إليه رهنه، ثم ادعى أنه لم يوفه إياه كله، وأعطاهُ رهنه إلى المرتهن، يحلف ويسقط عنه ما ادعاهُ عليه الراهن، وساوى سحنون في هذه الرواية بين أن يدعي المرتهن على الراهن إذا ألغى الرهن بيده بعد حلول الأجل أنه دفعه إليه ليأتيه بحقه فلم يفعل، أو أنه أعاره إياه، وأنه سرقه منه أو اختلسه من يده، في أن القول قول المرتهن إذا كان ذلك بقرب حلول الأجل، وذلك يفترق، أما إذا ادعى أنه دفعه إليه ليأتيه بحقه فلم يفعل، فيتخرج ذلك على قولين، قد مضى توجيههما في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم. وأما إذا ادعى عليه أنه أعاره إياه، فيتخرج ذلك على ثلاثة أقوال. أحدها إن القول قول المرتهن، يحلف أن حقه باق عليه ويأخذه، وليس عليه أن يحلف لقد أعاره إياه، وهو الذي يأتي على قول سحنون في هذه الرواية، لأنه لو أقر له بما ادعاه عليه من أنه دفعه إليه ليأتيه بحقه، لكان القول قوله أيضاً على مذهبه، إنه لم يقبض منه حقه إذا كان بالقرب، فلا معنى ليمينه على ذلك، والقول الثاني إنه يحلف على الوجهين جميعاً، فإن نكل عن اليمين على الوجهين جميعاً، أو على أنه ما قبض منه، حلف الراهن، لقد دفعه إليه وبرىء، وإن نكل أن يحلف لقد أعاره وقال: أنا

أحلف ما قبضت حقي، لم يمكن من اليمين على ذلك، وحلف الراهن ما أعاره إياه، وما قبضه منه إلا بعد أن وفَّاه حقه. أو ما قبضه منه إلا على أن يأتيه بحقه، وأنه قد أتاهُ به ودفعه إليه، وهذا القول يأتي على ما في سماع الشريكين من سماع ابن القاسم من أن القول، قول الراهن، إنه قد أدى إليه حقه إذا أقر المرتهن أنه دفع إليه الرهن، على أن يأتيه بحقه، وادعى أنه لم يأت به. والقول الثالث إن القول قول الراهن، يحلف على الوجهين جميعاً، فإن نكل عنهما جميعاً أو عن أن يحلف أنه ما دفع إليه حقه، حلف المرتهن ما أخذ حقه منه وأخذه، وإن قال: أنا أحلف لقد دفعت إليه حقه، ولا أحلف ما قبضت الرهن على سبيل العارية، لم يمكن من اليمين على ذلك، وحلف المرتهن على الوجهين جميعاً، أنه ما دفع إليه الرهن إلا على سبيل العارية، وأنه لم يقبض حقه ويأخذه منه، وكذلك إذا ادعى المرتهن على الراهن أنه سرق منه الرهن أو اختلسه من يده، وكان ممن يشبه منه السرقة، والاختلاس، يدخل في ذلك الثلاثة الأقوال، التي ذكرتها في دعوى العارية، وهذا كله إذا كان اختلافهما بالقرب، وأما إذا طال ذلك، فلا اختلاف في أن القول قول الراهن إذا أقر المرتهن أنه دفع إليه الرهن، على أن يأتيه بحقه فلم يفعل. وأما إذا ادعى أنه أعاره إياه، أو أنه سرقه منه أو اختلسه من يده، وهو ممن يليق به ذلك، فالقول قول الراهن مع يمينه أنه ما سرقه منه، ولا أعاره إياه، وأنه ما قبضه منه حتى وفَاه حقه أوانه إنما قبضه منه على أن يأتيه بحقه، وأنه قد فعل، فإن نكل عن اليمين حلف المرتهن أنه أعاره إياه، أو أنه سرقه منه، وما قبض منه حقه، ويأخذه منه. وأما إن كان الراهن ممن لا يليق به السرقة والاختلاس، فلا يمين عليه للمرتهن في دعوى ذلك عليه، فإن كان ذلك بالقرب، جرى ذلك على القولين في تصديق الراهن في الدفع، إذا أقر المرتهن أنه دفعه إليه الرهن على أن يأتيه بحقه، وادعى أنه لم يفعل. وأما إن كان ذلك بعد طول، فالقول قول الرهن: لقد دفع إليه حقه قولاً واحداً. وأما إذا قال المرتهن: عنه تلف له أو سرق منه، فحصل عند الراهن، فالقول قول المنتهى في القرب، وقول الراهن في البعد، ولا يتصور في هذا عندي خلاف.

وقد مضى بيانه في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب المديان. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يرتهن الكرم، فإذا كان إبانُ حفره، أتاه الراهن بالحفار والعمال ليحفره، فقال لا يحضر حفره ولا يدخل الحفار فيه، وإنما يدخل الحفار في الكرم

المرتهن، هو الذي يأمرهم أن يحفروا ويأمرهم من حيث يبدؤون، وكذلك حرثُ الأرض إذا رهنت.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا إشكال فيه ولا اختلاف، لأن حيازة الرهن إنما يكون بارتفاع يد الراهن عنه وحصوله في يد المرتهن، أو في يد الأمين يقبضه للمرتهن بإذنه أو بإذن الراهن والمرتهن، فإذا تولى الراهن حفر الكرم الرهن فلم ترتفع يده عنه ووجب أن يبطل الرهن فيه. وبالله التوفيق[1].

مسألة:

وسئل عن رجل رهن داراً فمات الراهن ولا مال له غير الدار، والدين يحيط بجميع الدار، فلم يترك الميت مالاً يكفن فيه، هل يكفن من الدار أم يكون من فقراء المسلمين؟ فقال: لا يكفن من ثمن الدار، إذا كان الدين يحيط بجميع الدار وهو من فقراء المسلمين.

قال الإمام القاضي: قد مضت هذه المسألة متكررة في سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وفي كتاب الجنائز، في رسم باع غلاماً منهما وهي مسألة صحيحة، لا اختلاف فيها، لأن الرهن قد تعين حقّ المرتهن فيه، فوجب أن يكون أحقّ به من الميت في كفنه، كما هو أحقّ به من الحي في كسوته، وكذلك بخلاف الرجل يموت وعليه دين قد استغرق ماله، إن له أن يكفن فيما يستره من ماله من غير سرف لأن ماله لم يحزه الغرماء، والرهن قد حازه الغرماء، ولا اختلاف في هذا أحفظه إلا ما يروى عن سعيد بن المسيب، من أن الكفن من الثلث، فعلى قوله لا يكفن الميت من ماله إذا استغرقه وهو شذوذ من القول. وقد مضى من القول على هذه المسألة في كتاب الجنائز ما فيه كفاية. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون: سئل مالك عن رجل أسلف رجلاً سلفاً ورهنه عبداً ووضعه على يدي رجل وشرط الذي أسلف على الذي وضع الرهنِ على يديه أنه ضامن، لما أصاب

---

(١) (الْحَوْزُ) بِفَتْحِ الْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَسُكُونِ الْوَاو وَآخِرُهُ زَايٌ أَيْ حِيَازَةُ الرَّهْنِ الْمُرْتَهِنُ أَو الْأَمِينُ وَدَعْوَاهُ (بَعْدَ) حُصُولِ (مَانِعِهِ) أَي الْحَوْزِ مِنْ فَلَسٍ أَوْ مَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ مَرَضِ الرَّاهِنِ الْمُتَّصِلِينَ بِمَوْتِهِ أَنَّ حِيَازَتَهُ قَبْلَهُ (لَا يُفِيدُ) الْحَوْزُ بَعْدَ مَانِعِهِ اخْتِصَاصَ الْمُرْتَهِنِ بِالرَّهْنِ فَيُحَاصِصُهُ فِيهِ سَائِرُ غُرَمَاءِ الرَّاهِنِ إنْ لَمْ يَشْهَد الْأَمِينُ لِلْمُرْتَهِنِ بِسَبْقِ حَوْزِهِ مَانِعَهُ، بَلْ (وَلَوْ شَهِدَ الْأَمِينُ) الَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ أَنَّهُ حَازَهُ قَبْلَ مَانِعِهِ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ فَهِيَ فِي الْحَقِيقَةِ دَعْوَى.من الجليل ٦/٤.

الرهن، فهلك العبد أتراه ضامنا؟ قال: أراه ضامناً. قيل له: فإن قال له: ما نقص من رهنك ضمنته، قال ما أحراه أن يضمن الرهن، قال سحنون: قال ابن القاسم: إذا جعل الرهن على يدي رجل واشترط صاحب الحقّ على الذي وضع الرهن على يديه، أنه ما نقص من الرهن من كفاف الحق، فأنت له ضامن، فهلك الرهن في يدي الذي جعل على يديه أنه ضامن لجميع المال.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف في أنه إذا ضمن ما أصاب الرهن يضمنه إن كان عبداً فمات، وكذلك إن ضمن ما نقص الرهن من حقه، يضمنه إن مات، مع ما نقص من الحق. وإنما الاختلاف إذا قال: أنا ضامن لرهنك، أو لما نقص من رهنك.

وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم. فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال سحنون عن ابن القاسم: إنه قال في رجل عليه لرجل دين. فباع الذي عليه الدين، الذي له الدين سلعة إلى أجل، وارتهن في ثمنها الدين الذي عليه إلى الأجَلِ الذي باع إليه السلعة، إنه إن كان ذلك إلى الأجل الذي عليه الدين لصاحب الدين أَو أَدنَى، لم يكن بذلك بأس، وإن كان بيعه سلعته إلى أجل، أبعد من أجل الدين الذي عليه، فاشترط أن يكون ما عليه من الدين رهناً فيه يديه إلى الأجل الذي باع إليه سلعته، لم يحل ذلك، لأنه يصير بيعا وسلفاً، لأنه حين اشترط حبس ما عليه من الدين بعد حلول أجله، إلى حلول أجل دينه، فكأنه سلف من الذي له الدين أسلفه إياه، على أن باع منه سلعته إلى الأجل الذي سمَّى وهذا تفسير لقول مالك: وإن كان دين المشتري قد حلَّ فاشترى سلعته من البائع على رهن البائع منه في ثمنها ديناً للمشتري عليه، لم يحل ذلك أيضاً، ودخله البيع والسلف، إلا أن يوضع ذلك على يدي عدل إلى حلول أجل الدين، فيجوز ذلك. وهذا تفسير قول مالك.

قال محمد بن رشد: هذا بيّنٌ على ما قاله: إنه إذا باع منه سلعته بدين إلى أجل على أن يرهن في ذلك ديناً له عليه حالاً أو إلى أجل، دون الأجل الذي باع السلعة إليه، فلا يجوز، لأنه يدخله البيع والسلف، إلا أن يشترط وضع الدين عليه على يدي عدل إلى أن يحل الدين الذي له. وقد اختلف إن وقع البيع على هذا، فقيل: إنه يفسخ على كل حال، فإن فات كانت فيه القيمة بالغة ما بلغت، وقيل إنه يفسخ إلا أن يرضى البائع بإسقاط ما اشترط من ارتهان الدين الذي عليه أو بأن يوضع على يدي عدل، إن

كان حالاً أو عند حلول أجله، إن لم يكن حالاً بفور ذلك إن كان الدين حالاً أو عند حلول الأجل إن كان مؤجلاً قبل أن ينتفع لبقاء الدين في ذمته. وقيل: إن البيع يجوز، إن لم يعثر عليه بفور ذلك، إذا رضي بإسقاط الشرط، أو وضع الدين على يدي عدل، فإن لم يرض بذلك فسخ البيع، إن كانت السلعة قائمة، وإن فاتت كان فيها الأقل من القيمة أو الثمن. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون وسئل مالك عن رجليْن كانت بينهما أرض فرهن أحدهما نصيبه من رجل آخر، فلما حل الحقّ أعسر الرجل بالثمن، فقال صاحب الحق: بعْني نصيبك، قال له الذي عليه الحق: ما ينفعك، إن بعتك، أَخذَه شريكي بالشفعة، فإنه أتكارى منك نصيبك سنين، وأُقاصُك بما أسلفتك حين أستوفي حقي. قال: لا خير في هذا.

قال الإِمام القاضي: إنما لم يجز هذا، لأنه أخذ من دينه شيئاً لا يتعجل قبضه، فدخله الدين بالدين، وقد قيل إن ذلك جائز، لأنه لم يتحول من دينه إلا إلى أرض بعينها، يستوفي حقه من كرائها، فكان قبض ما يستوفي منه الكراء، كقبض الكراء. وهذا القول قائم من كتاب الزكاة الأول من المدونة في قوله: إن الذمي إذا أكري إبله بالمدينة، راجعاً إلى الشام، إنه يؤخذ منه العُشر بالمدينة، وإن لم يستوف المكري بعدما اكترى لأنه جعله يقبض ما يستوفي منه ما اكترى في حكم القابض لما اكترى، وهذا بين. ولو اكترى المرتهن النصيب الذي ارتهن من غيره فأَحَاله الراهن عليه بحقه لجاز ذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون عن أشهب في رجل ادَّعى قبل رجل حقاً فقُضي له به عليه، فسأل المقضى عليه المقضى له أن يؤخره ويجعل في يديه رهناً حيواناً ففعل، فمات الحيوان عند المرتهن، فأقر المقضى له، إن دعواه وما قضي له به كان باطلاً. قال أشهب: هو ضامن للرهن، لأنه أخذ منه رهناً في غير حق، فكأنه غصبه إياه.

قال محمد بن رشد: قول أشهب في هذه المسألة: إن المرتهن ضامن للحيوان الذي ارتهن صحيح، لأنه قد أقر على نفسه بالعدا على الراهن فيها في ارتهانه إياها منه دون حقّ وجب له عليه، ولو قامت للراهن بينة على بطلان ما ادعاه قبله لما أن يلزمه ضمانها إذ لم يأخذها على الضمان، ولا ادعاها ملكاً لنفسه، بخلاف الأمة تكون بين الشريكين، فيجحد أحدهما نصيب صاحبه، ويدعيها ملكاً لنفسه، فتموت عنده، ثم يقيم

شريكه البينة أنها بينهما، فقيل: إنه يضمن، وهو ظاهر ما في آخر كتاب الشركة من المدونة إذا لم يفرق في ذلك بين الحيوان وغيره. وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه لا ضمان عليه في الحيوان. وفي رسم قطع الشجر من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى أنه لا ضمان عليه فيمن مات من أولادها، وهو بين، لأن الغاصب للأمة يضمن ما مات من أولادها عند ابن القاسم، خلاف قول أشهب إنه ضامن لقيمة الأولاد يوم ولدوا، كما يضمن الأم إذا ماتت يوم غصبها، ولم يتكلم في الرواية على ضمان نصف الجارية للشريك لو ماتت، فقيل: إن مراده فيها إنه ضامن لذلك على ظاهر ما في آخر كتاب الشركة من المدونة. وقيل: إنه لا ضمان عليه فيها على رواية أصبغ عن ابن القاسم. وهذا الاختلاف عندي إذا لم يُقر الشريك بالغصب ولا قامت به عليه بينة، وإنما قامت البينة على أنها بينهما، يفيد هذا ما وقع في رسم حمل صبيّاً من سماع عيسى، من كتاب الاستحقاق في الرجل يدعي على الرجل أنه استودعه أمة أو غصبه إياها، فيجحد ذلك ثم يموت، ويقيم البينة عليه بعد موتها بالإِيداع أو الغصب، إنه ضامن. وبالله التوفيق.

من سماع عبد الملك بن الحسن وسؤاله ابن القاسم

قال عبد الملك: سئل ابن القاسم وأنا أسمع عن رجل كان عنده غلام فرهنه، ثم ادعى بعد ارتهانه أنه ابنه، ثم مات، قال: يلحق به، ويكون ابنه، ويبيعه صاحب الحقّ بماله، إن كان له مال، وإن لم يكن له مال، كان ديناً يتبع به، متى ما ظهر له على مال أخذ ماله، قال الإِمام القاضي هذا كما قال، وهو صحيح على أصولهم في أن لُحوق النسب يرفع التهمة، فهو بخلاف الرجل يكون عندهُ العبد، فيرهنه ثم يقر بعد أن رهنه أنه حر فلا يقبل قوله، إلا أن يكون له مال، فإن كان له مال، عجل للمرتهن حقه، وإن كان لم يحل. والله الموفق.

مسألة:

وسألت ابن وهب عن المرأة ترتهن من زوجها خادماً له في حقّ لها عليه، فتُقيم في بيتها أعواما، فلما اقتضت من زوجها دينها، أراد أن يحاسبها بأُجرة خادمة، فيما عملت لها، فقالت: إن الخادم كانت في عملي وعملك، وكان عليك أن تخدمني خادماً، فكيف يكون له أجرها؟ وقال الزوج: إنك لم تسلني الخدمة، فتلزمني لك الخدمة، إذ سألتنيها فإذا تركتِ طلب ذلك مني، فهي موضوعة عني، فهل يكون عليها أجرة الخدمة؟ فقال: إن كانت الخادم إنما تعمل للمرأة خاصة، أو تستخدمها خاصة،

مثل أن تشغلها بالعمل لنفسها، مثل الغزل والصناعة، أو خارجاً من بيتها، فعليها الأُجرة له، وليس للمرتهن استعمال الرهن ولا غلته دون صاحبه، وإن كانت الخادم إنما كانت تخدم خدمة البيت معهما بحال ما كانت قبل الرهن، وما أشبه ذلك، فلا أرى ذلك شيئاً، ولا أرى له في ذلك أجرة. والله أعلم وقال أشهب لا أجرة له.

قال محمد بن رشد: تفرقة ابن وهب في إيجاب أجرة الخادم للزوج الراهن، بين أن يعمل لها خاصة في غير خدمة بيتها، وبين أن تعمل لها فيما، هو من خدمة بيتها، صحيح لا ينبغي أن يختلف في ذلك، لقول النبي عليه السلام " الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ " [1] لأن إجارته من غنمه. ولقوله عليه السلام " الرَّهنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ بِنَفَقَتِهِ " [2] معناه عندهم: أن حلبه وأجر ركوبه للراهن، كما أن عليه نفقته. فقول أشهب لا أُجرة له، ليس بخلاف لقول ابن وهب، لأن معناه. إنما هو لا أُجرة له فيما عملت لها مما هو من خدمتها وعَمَلِ بيتها، وذلك بيّنٌ على القول بأن على الزوج أن يخدم زوجته، وأما على القول بأن عليها الخدمة الباطنة، من الكنس والفرش والخبز والطبخ واستقاء الماء، إذا كان في داخل الدار، فالقياس أن يحلف أنه لم يتركها تخدمهما إلا على أن يتبعها بأُجرته، ويكون ذلك له، ويشبه ألا يكون ذلك له مراعاة للخلاف، وأما ما عملت لها من غير عمل بيتها، فللزوج في ذلك الأُجرةُ دون يمين. وقد قال ابن دحون: إن الأُجرة لا تجب لها إلا بعد أن يحلف أنه ما أباح لها خدمة الخادم، وهو بعيد، إلا أن تدعي ذلك عليه. وفي إجازة ابن وهب: الرهن في الخادم وإن كانت في البيت معها في خدمتها، اختلاف قد مضى تحصيله في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ وسؤاله ابن القاسم من كتاب البيع والصرف

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن الذي يبيع البيع ويرتهن الدار أو العبد أو الثوب، ويشترط الانتفاع به إلى أجل معلوم، قال: لا بأس به، قيل له: فإن كان ذلك إلى أبعد من أجل الرهن أو قبله، قال: نعم لا بأس به [3].

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٣٨١)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٥٩٨).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٨٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٣٧١).

(٣) قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَرْتَهِنُ الدَّارَ.

قال محمد بن رشد: إجازته في هذه الرواية، أن يرتهن في أصل البيع داراً أو عبداً أو ثوباً، ويشترط الانتفاع بذلك إلى أجل معلوم، هو مثل قوله في المدونة خلاف قول مالك فيها من أن ذلك يجوز في الرباع والأصول، ولا يجوز في الحيوان والثياب، إذ لا يدري كيف يرجع ذلك؟ واحتج ابن القاسم عليه في قوله: إذ لا يدري كيف يرجع ذلك؟ بأن الإجارة في ذلك جائزة، وإن لم يدرِ كيف ترجع، ولا حجة على مالك في ذلك، لأنه لم يكره ذلك من ناحية الغرر في الإجارة، كما ظن ابن القاسم، وإنما كرهه من ناحية الغرر في الرهن، إذ لا يدري ما تكون قيمته بعد استعماله قال أبو إسحاق التونسي: فيأتي على قوله في هذه المسألة: إنه لا يجوز رهن الغرر، مثل الثمرة التي لم يبد صلاحها والزرع الذي لم يبدُ صلاحُه في أصل البيع خلاف ظاهر الروايات في ذلك، في المدونة وغيرها وكره ذلك مالك في المدونة ولم يقل ماذا يكون الحكم فيه إذا وقع، ويتخرج في ذلك أربعة أقوال: أحدها أنه يفسد البيع والرهن، فلا يكون أحقّ به من الغرماء، والثاني إنه يفسد البيع ولا يبطل الرهن، فيكون رهناً بالأقل من القيمة أو الثمن، والثالث إنه لا يفسد البيع ولا الرهن، وإنما يكره ذلك ابتداء، فإذا وقع نفذ ومضى، وهو الظاهر من مذهب مالك في المدونة والرابع أنه يصح البيع ولا يفسد، ويبطل الرهن، فلا يكون أحقّ به من الغرماء. وما قاله أبو إسحاق التونسي من أنه يأتي على قياس قول مالك في هذه المسألة، إنه لا يجوز رهن الغرر، مثل الثمرة التي لم يبد صلاحها في أصل البيع ليس بصحيح، والصواب جواز الثمرة التي لم يبد صلاحها في أصل البيع وفيما بعده، والفرق بين المسألتين، أن الغرر في هذه المسألة في الرهن إنما كان غرراً فيما شرطاهُ فيه من الشرط الفاسد، وذلك مثل أن يشترط أنه إن جاءه بحقه إلى أجل كذا وكذا، وإلا فالرهن له بما فيه، أو مثل أن يشترط أنه رهن بيده إلى أجل كذا وكذا، فإذا انقضى الأجل، خرج الرهن من أن يكون رهناً وما أشبه ذلك. والثمرة

=

قَالَ مَالِكٌ: فَلَيْسَ لِرَبِّ الدَّارِ أَنْ يَكْرِيَهَا، وَلَكِنْ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَكْرِيَهَا بِأَمْرِ صَاحِبِ الدَّارِ وَيَلِي الْمُرْتَهِنُ الْكِرَاءَ، وَيَكُونُ الْكِرَاءُ لِرَبِّ الدَّارِ.

قُلْت: وَلَا يَكُونُ الْكِرَاءُ رَهْناً فِي حَقِّهِ؟ قَالَ مَالِكٌ: لَا يَكُونُ الْكِرَاءُ رَهْناً إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ، فَيَكُونُ لَهُ رَهْناً مَعَ الدَّارِ إِذَا اشْتَرَطَهُ. قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَكْرِيَهَا وَيَأْخُذَ كِرَاءَهَا فِي حَقِّهِ قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ ذَلِكَ مِنْ، بَيْعٍ فَلَا يَجُوزُ شَرْطُهُ هَذَا، وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ مِنْ قَرْضٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ. قُلْت: وَلِمَ قَالَ مَالِكٌ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ بَيْعٍ لَمْ يَكُنْ جَائِزاً؟ قَالَ: لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي مَا يَقْبِضُ أَيَقِلُّ أَمْ يَكْثُرُ أَمْ تَنْهَدِمُ الدَّارُ قَبْلَ أَنْ يَقْتَضِيَ. المدونة ٦/٨٧.

التي لم يبد صلاحها، لا صنع لهما فيها، ولا يقدران على رفْع الغرر عنها. وهذا هو المشهور في المذهب، إن ارتهان الثمرة التي لم يبد صلاحها جائز في أصل العقد. وفي المبسوطة لمالك من رواية ابن القاسم عنه أن ذلك لا يجوز، وأما ارتهان ما في بطون الإناث، فلا يجوز على ما في كتاب الصلح من المدونة. وأجاز ذلك أحمد بن عيسى، وهذا الاختلاف إنما هو إذا كان الارتهان في أصل البيع، وأما ارتهان ذلك بعد عقد البيع، فلا اختلاف في جوازه. وحكي عبد الحقّ عن الشيخ أبي الحسن، أنه قال: إنما كره مالك في الثياب، لأنها تضمن في الرهن، ولا تضمن في الإجارة، فكره اجتماعهما للشك فيما يكون الحكم فيها لو ادعى المرتهن تلفها، قال: وأما الحيوان، فقد اختلف قوله في وجوب ضمانها على المرتهن إذا ادعى تلفها، فلعل قوله في هذه المسألة على قوله في أن المرتهن ضامن للحيوان، وليس قوله بصحيح، لأن مالكاً قد بين أنه إنما كره ذلك من أجل أنه لا يدري كيف يرجع إليه الدابة أو الثوب؟ ولو ادعى المرتهن تلف الثوب لوجب أن يغلب في ذلك حكم الرهن، فلا يصدق في تلفه. وقد قال أبو إسحاق التونسي: إن الذي ينبغي في ذلك أن ينظر إلى القدر الذي يذهب منه بالإِجارة، مثل أن يقال: إذا استؤجر شهر، أينقصه الربع؟ فيكون قدر ربعه غير مضمون، ولأنه مستأجر، وثلاثة أرباعه مضمونة، لأنه مرتهن، وليس ذلك بصحيح، لأنه لم يستأجر منه ربع الثوب، وارتهن ثلاثة أرباعه، فيكون ما ذكر هو الحكم فيه. وإنما ارتهن جميعه، واستأجر جميعه، فإما أن يحكم له في دعوى الضياع بحكم الإِجارة، وإما أن يحكم له بحكم الرهن. والصواب ما ذكرناه، من أن يغلب فيه حكم الرهن، فلا يصدق فيما ادعى من تلفه، ويغرم قيمته على ما هو عليه يوم يحكم عليه بضمانه، فإن ادعى ضياعه بقدر ارتهانه إياه قبل استعماله، غرم قيمته على ما كان عليه يوم رهنه إياه، وسقط عنه ذلك القدر من الإِجارة، ونظر ذلك القدر كم هو من الجملة؟ فيرجع بجزئه من قيمة ثوبه المبيع، أو يشاركه فيه إن كان قائماً على اختلاف في ذلك لِضرر الشركة، وإن ادعى ضياعه بعد انقضاء الأجل الذي شرط الانتفاع به إليه ضمن قيمته ناقصاً على ما يقدر أن الاستعمال نقصه، وتلزمه الإِجارة، ولا يصدق إن ادعى بعد حلول الأجل أنه تلف قبل ذلك على مذهب ابن القاسم لأنه يقول: إذا ادعى المستأجر ضياع الثوب المستأجر، حين حل الأجل وإن ضياعه كان قبل ذلك لم يصدق في إسقاط الإِجارة عنه، ولزمه جميع الإِجارة، إلا أن تقوم له بينة على الضياع، أو على التفقد والطلب، وخالفه في ذلك غيره. وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع

وقال في امرأة أخذ زوجها لها حلياً فرهنه، ثم أعلمها بذلك، وقال لها: أنا أفكه، قال فحسبته قال: فسكتت حين مات الزوج، ثم طلبته، قال: تحلف بالله ما رضيت، ولا كان سكوتها تركاً لذلك، وتأخذه حيث وجدته، ويتبع المرتهن مال الميت، قال أصبغ: وذلك إذا عرف أن الشيء شبيهاً أو ثبتت عليه بينة.

قال محمد بن رشد: في بعض الكتب في هذه المسألة مكان فحسبته فخشيته، فعلى رواية من روَى فحسبته، تأتي هذه الرواية، خلافاً لما تقدم في رسم خرجت من سماع عيسى، لأنه لم يوجب لها هناك الرجوع إذا طال الأمر بعد علمها، وأما على رواية من روى فخشيته، فليست بمخالفة لها: لأنها تعذر بالخوف على نفسها من زوجها، ويكون لها أن تأخذ حقها بعد يمينها أنه لم يكن سكوتها حتى مات زوجها إلاّ لخوفها إياه على نفسها، وإن لم يعرف ما ادعته من مخافتها إياه، فذلك على ما يعلم من حالها معه في غلظ الحجاب والشدة والسطوة، فإن جهل ذلك، فالقول قولها.

وقد مضى القول في هذه المسألة في الرسم المذكور من سماع عيسى فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الكراء والأقضية

قال أصبغ: وسألت ابن القاسم عن امرأة ارتهنت خادماً من زوجها ببقية صداقها قبل الدخول، وأقامت أشهراً بعد ارتهانها إياها، ثم دخلت على زوجها ودخلت بالخادم معها بيت زوجها، فكانت تخدم، فتعدى عليها الزوج، فسرقها، فباعها، قال: بيْعهُ جائزٌ، وذلك أن الرهن قد انفسخ، قلت: وترى دخولها بها على زوجها وإنما دخلت بها تخدمها رداً للرهن؟ قال: نعم، حتى يضعها عند غيرها، أرأيت لو ارتهنها وهي تحته، فتركتها معه في البيت أذلك رهن؟ ليس ذلك برهن، قلت: إنها حازتها قبل الدخول، قال: قد ردتها. انظر كل أمر إذا ابتُدئ فلا يكون ذلك حوزاً، فهو إذا فعل بعد حوز، فدخله فوات، فقد انفسخ الحوز، وذلك مخالف للصدقة والهبة، إذا وهب الزوجان، كل واحد منهما لصاحبه، وتصدق عليه بخادم، فدفعها إليه، فكانت في البيت تخدمهما، فذلك حوز لكل واحد منهما. وأصل هذا من قول مالك: في أن من حبس حبساً فقبضه المحبَّس عليه، وحازه سنين، ثم أسكن فيه المحبس، فإن ذلك يبطل حبسه، والصدقة مثل ذلك، وإن من ارتهن رهنا فقبضه وحازه ثم رده إلى صاحبه، فإن ذلك يبطل رهنه،

ويفسده ويفسخه. وقد قال لي مالك في امرأة ارتهنت من زوجها خادماً فكانت معها في البيت تخدمها وتخدمه: إن ذلك ليس برهن، حتى يخرجها. وقال أصبغ: كله. المسألة كلها. وهو رأي، وهي صحيحة جيدة إن شاء الله مع الاتباع لأهل العلم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادتها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أشهب في الرهن إذا لم يصفه الراهن ولا المرتهن، قال: فليس له شيء، يعني الراهن، إنه لا شيء له ولا للمرتهن، وإن الرهن بما فيه. قال أصبغ: وذلك إذا عمي أمره، وكذلك الحديث: " الرَّهْنُ بِمَا فِيه إذا هَلَكَ الرَّهْنُ وَعَمِيَتْ قِيمَتُهُ" (١).

قال محمد بن رشد: هذا كما قالا، وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب، إن الرهن يذهب بما فيه إذا ادعى المرتهن هلاكه، وهو مما يغاب عليه وعميت قيمته، ولم يصفه هو ولا الراهن، وحَمْلُ الحديث الرهن بما فيه، على هذا الموضع على ما حمله عليه أصبغ حسن. وأما إذا عرفت قيمته، فإنهما يترادان فيما بينهما، وكذلك إن اختلفا في صفته، يترادان على ما يحلف عليه المرتهن، وأن قامت بينة على تلفه، فمصيبته من الراهن وقد روى على مالك أن ضمانه من المرتهن، وإن قامت البينة على تلفه، ويتقاصان فيما بينهما. وأما ما لا يغاب عليه من الحيوان والأصول، فالمصيبة فيه من الراهن، والقول قول المرتهن فيما يغاب من الحيوان فيما يدعي من موته، أو إباقه مع يمينه، إلا أن يتبين كونه فيما يدعي في ذلك من الموت، إذ لا يخفي ذلك إذا كان في جماعة. هذا تحصيل ما في المذهب في هذه المسألة. ومن أهل العلم من رأى أن الرهن يذهب بما فيه إذا تلف، كان ممن يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه، قامت بينة

---

(١) قال ابن عبد البر: والثاني قول سليمان بن يسار والقول الأول أولى عند أكثر أهل العلم وما بيع من العروض كلها حاضرة فتلف المبيع قبل أن يقبضه المشتري فسبيله سبيل الرهن ما ظهر هلاكه فهو من المشتري والثمن لازم له وما غاب هلاكه فهو من البائع وقد قال مالك إن كان البائع حبس السلعة عن المبتاع حتى يأتيه بالثمن فهلكت كانت من البائع وإن كان المشتري تركها عنده ولم يمنعه من أخذها فأراها من المشتري وهي بمنزلة الوديعة ولا بأس ببيع اعدال البز وإسقاط العطر على البرنامج وإن لم تفتح إذا وصف ما فيها ونعت وسمي ذرعه وسائر أوصافه ويلزم البائع والمبتاع إذا وجد. الكافي ٢/٣٠٧.

على تلفه أو لم تقم، على ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم: " الرهْن بِمَا فِيهِ " [(١)] ومنهم من رأى ضمانه من المرتهن على كل حال، ومنهم من قال: يذهب بما فيه إذا كانت قيمته مثل الدين أو أكثر، وإن كانت قيمته أقل من الدين، رجع المرتهن على الراهن ببقية حقه. ومنهم من رأى ضمانه من الراهن على كل حال، لقول النبي عليه السلام: "الرَّهْنُ مِمن رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعلَيه غرمُه " [(٢)] كان مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه. وهو مذهب الشافعي. والصحيح ما ذهب إليه مالك من الفرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه، ومن الفرق فيما يغاب عليه بين أن تقوم بينة على هلاكه، أو لا تقوم. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ سألتُ ابن القاسم عن الرجل يوضع على يديه رهن ارتهنه رجل، وتحمل به للذي ارتهنه من جميع ما نقصه مما ارتهنه به إلا الموت، وكان حيواناً، فمات، قال: ينظر إلى قيمته يوم رهنه، فإن كان فيه كفاف لما تحمل به، فلا شيء عليه، وإن عجز عما تحمل به غرم فضل ذلك الذي تحمل له، واتبع بذلك الغريم، وكانت قيمته للذي ارتهنه على الغريم، ولا يلزم المتحمل شيء إلا بعد قيمته يوم ارتهنه. قال أصبغ: لا بل قيمته يوم يموت، ليس يوم تَحمَّل، لأنه الذي كان ينظر فيه من أمره، ويقضي به عنده، ولو بقي الرهن ولم يفت، وهو الذي يراد بالحمالة، ولو كان إلى قيمته يوم ارتهنه لم يؤخذ، فهو على قيمته يوم يموت، حتى يشترط قيمته يوم الحمالة والرهن، اشتراطاً ممن يستثني ذلك لنفسه منها، مثل أن يستثنيه المرتهن، مخافة النقصان، والعيوب تدخله، والجناية والجروح، أو ما يستثنيه الضامن، مخافة الزيادات والنماء، فذلك له، وهو رأي.

قال محمد بن رشد: لكلا القولين وجه من النظر، وقول أصبغ أظهر، لأن الرهن

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٧٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٣٨٥)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥١٩).

(٢) أخرجه البخاري (٣٦٥٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٦٠٦٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٥٧)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٦٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨١١٠٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣١٧٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٥٩٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢١٨٥)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٣٤)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥١٧).

على ملك الراهن فكما يكون على الحميل قيمته يوم يموت إذا ضمن قيمته إن مات، فكذلك تسقط عنه قيمته يوم يموت إذا ضمنه ما نقصه من حقه، إلا أن يموت. ووجه قول ابن القاسم، أن الظاهر مما التزمه أن يغرم له ما نقصه من حقه بعد قيمته يوم التزامه، لأنه على هذا يكون قد التزم معلوماً، وحَمْلُ التزامه على المعلوم أولى من حمله على المجهول. وقد مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم من القول على هذه المسألة ما فيه بيان لهذا. وبالله التوفيق.

ومن كتاب القضاء المحض

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في الذي يرتهن الحائط، فيضعه على يد أجيره في الحائط أو مساقيه: إنه ليس برهن حتى يحوزه ويجعله على يد غير من في الحائط(١).

محمد بن أحمد: هذا بيّن على ما قال، لأن المرتهن إذا وضع الحائط الذي ارتهنه بيد أجير الرهن أو مساقيه، فليس برهن مقبوض، إذ لم يرتفع يد الراهن عنه بكونه في يد أجيره أو مُساقيه. وهذا مثل ما في المدونة فيمن أجر عبده ثم وهبه إن المؤاجر ليس بقابض للموهوب له، وكذلك وكيل الواهب، لا يكون حائزاً للموهوب له. وقد وقع في سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب، ومن كتاب المديان والتفليس في رسم مساجد القبائل ما يعارض هذه المسألة. وهو قوله. إن للقال أن يرهن المكتري فيما تسلف منه ما تحته من القال، وتحت غيره من المكترين، وهو بعيد. وقد مضى القول عليه في السماع المذكور، من الكتابين. وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها أصبغ

قال أصبغ في رجل ارتهن رهناً من رجل بِألْفِ دينار فلما جاء ليقضيه الألف ويدفع إليه رهنه، أخرج إليه ثوبا ثمنه مائة دينار، فقال: هذا رهنك، وقال الراهن: لا والله ما هذا رهني، وما كنت أنت لتأخذ رهناً بألف دينار، وهو لا يساوي إلا مائة دينار، وما أشبه ذلك، ولقد كان رهني الذي رهنتك بهذه الألف ثوباً وشيئاً صفته كذا وكذا

---

(١) الْجَلَّابُ: مَنْ أَجَّرَ دَارِهِ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهَنَهَا مِنْهُ فَلَا بَأْس بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَجَّرَهَا مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهَنَهَا مِنْ غَيْرِهِ فَلَا بَأْس بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ مَنْ سَاقَى حَائِطَهُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهَنَهُ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا بَأْس، وَيَنْبَغِي لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَسْتَخْلِفَ مَعَ الْعَامِلِ فِي الْحَائِطِ غَيْرَهُ، وَعِبَارَةُ ابْنِ عَرَفَةَ مَنْ سَاقَى حَائِطَهُ ثُمَّ رَهَنَهُ فَلْيَجْعَل الْمُرْتَهِنُ مَعَ الْمُسَاقِي رَجُلاً وَيَجْعَلَانِهِ عَلَى يَدِ عَدْلٍ. التاج والإكليل ٤٤٠/٧.

صفة يشبه مثلها، وإن يكون يسوَى الألف أو نحوها. قال أصبغ: إذا تصادقا فيما رهن به الرهن، واختلفا في الرهن على فعل هذين، حتى يتباين هكذا ويتفاوت، رأيت القول قول الراهن، لأن قوله يشبه أن يكون مثل هذا الثوب الذي ادعى برهن، بألف. وقد أقر المرتهن أنه ارتهن منه الثوب بألف، وجاء بثوب لا يساوي إلا مائة دينار، فقد تبين كذبه فيما زعم، فالقول قول الراهن، لأنه ادعى ما يشبه، فله أن يحلف على صفة ثوبه الوشي، ويحاسبه بقيمته، ويسقط عنه قول المرتهن، لأنه قد تبين كذبه حين ادعى ما لا يشبه، وكذلك كل متداعيين في الرهن والبيوع، إذا ادعى أحدهما ما يشبه، وادعى الآخر ما لا يشبه، فالقول أبداً قول الذي يشبه، ويسقط قول الذي لا يشبه. قال أصبغ: وقد قال لي أشهب: إن القول قول المرتهن، وإن لم يسو إلا درهماً، وهو باطل، ليس شيئاً، وهو إغراق في العلم.

قال الإِمام القاضي: الأشبه في هذه المسألة، ألا ينظر فيها إلى دعوى الأشباه، على ما قاله أشهب، وهو مذهب ابن القاسم، وظاهر قوله في رسم الرهون سماع عيسى بخلاف اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة الفائتة، لأنه يبعد أن يبيع الرجل ما قيمته مائة، بعشرة، وإن يشتري المشتري ما قيمته مائة بعشرة، وإن يشتري المشتري ما قيمته عشرة بمائة فوجب أن ينظر في ذلك إلى الأشباه، ولا يبعد أن يرتهن الرجل ما قيمته عشرة في مائة، وما قيمته مائة في ألف، لأن الرهن وإن قلت قيمته، يسلم المرتهن بارتهانه إياه، من محاصة الغرماء فيه، فهو بمثابة ما لو أقر أنه اقتضى ذلك القدر من حقه، وادعى الذي عليه الحقّ أنه دفع إليه أكثر من ذلك، فوجب أن يكون القول في ذلك قول المرتهن، لأن لِمَا ادعاه وجهاً، وهو المدعى عليه.

وقد أحكمت السنة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. وكذلك القياس، إذا جاء المرتهن بثوب قيمته دينار، فادعى أنه ارتهنه في مائة دينار، أو في ألف دينار، على ما قاله أشهب، إلا أنه إغراق فيه، كما قال أصبغ. والعدول عنه في هذا الموضع إلى مراعاة الأشباه، أنه يبعد أن يرتهن الرجل في مائة دينار أو ألف ما قيمته دينار، أولى وأظهر من قول أشهب استحساناً، لأن الاستحسان في العلم أغلب من القياس.

فقد قال مالك: تسعة أعشار العلم الاستحسان، وإذْ أدى طرد القياس إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، كان العدول عنه إلى الاستحسان أولى، ولا تكاد تجد التغرق في القياس إلا مخالفا لمنهاج الشريعة. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ في الرجل يرتهن العبد من رجل ويضعه على يدي رجل، وضمن الذي وضع العبد على يديه، لصاحب الحقّ العبد، حتى يستوفي حقه، فمات العبد، أو استحق، أو بيع بأقل مما رهن فيه، قال: هو ضامن، إلا في النقصان قال لي بعد: وفي النقصان اختلاف، وأحب إليّ أن يضمن.

قال محمد بن رشد: أما إذا استحق الرهن فلا اختلاف في أنه ضامن له، لأن سببه من قبل الراهن، إذ لعله غره به وخدعه. وأما الموت فالاختلاف فيه منصوص عليه في أول رسم من سماع ابن القاسم. وأما النقصان، فإن كان من شيء أصاب الرهن من عيب أو مرض وشبهه، فيكري ذلك على اختلاف قول مالك في الموت، وأما إن لم يكن النقصان من شيء أصاب الرهن، وهو الظاهر من مراده في هذه الرواية، فالمعلوم أنه لا يلزم الضامن ضمانه إذا قال: أنا ضامن لرهنك، أو ما نقص من رهنك، وإنما يلزمه ضمان ذلك، إذا قال: أنا ضامن لرهنك، وما نقص منه حقك. وقد وقع في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسم، أنه ضامن للنقصان، إذا قال: أنا ضامن لما نقص من رهنك. وأما الاختلاف الذي حكاه في هذه المسألة فلا يبعد، لقوله فيها: إنه ضامن له، حتى يستوفي حقه، ولو قال: إنه ضامن له. ولم يقل حتى يستوفي حقه، لما صح دخول الاختلاف في ذلك، إلا على ما وقع في رسم كتب عليه. وهو بعيد، وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفى في أول رسم من سماع ابن القاسم. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يرتهن الرهن، فيأتي الراهن ليفتكه، فيختلفان فيما رهن فيه، فيقول المرتهن: ارتهنه بمائة دينار، وقيمة الرهن ما ادعاه أو أكثر، ويقول الراهن: ما ارتهنته إلا بمائة إردبّ اشتريته منك، أو تسلفته. من ترى أن يصدق؟ قال أصبغ: إنه كانت المائة الإردب تكون أكثر من المائة الدينار، فإن القول قول الراهن، وقبضت منه وبيعت، وفي هذا مائته. وإن كانت أقل فالقول قول المرتهن واختلافهما في هذين النوعين، كاختلافهما في النوع الواحد في الأقل والأكثر: إن القول قول المرتهن إن كان الرهن حينئذ يسوا ما قال المرتهن، فافهم تصب إن شاء الله.

قلت: فسواء عندك كان اختلافهما في جميع الأشياء، مثل الثياب والحلي والطعام، والإِدام يسلك بذلك مسلك ما ذكرت في أول المسألة، قال: نعم.

قال الإمام القاضي: لا تخلو المائة الإردب في هذه المسألة من ثلاثة أحوال:

أحدها أن تكون قيمتها أكثر من المائة دينار التي ادعى المرتهن، والثاني أن تكون قيمتها مثل المائة والثالث أن تكون قيمتها أقل من المائة، فأما إن كانت قيمتهما أكثر من المائة، فقال في الرواية: إن القول قول الراهن، وتقبض منه وتباع، فيوفى المرتهن مائته، يريد: ويوقف الباقي، لأن كل واحد منهما مقر به لصاحبه، فأيهما يدرا إلى تكذيب نفسه، وتصديق صاحبه أخذه. وفي هذا اختلاف هو مركوز في غير هذا الكتاب.

وقال بعض أهل النظر: قوله: إن القول قول الراهن، معناه: إن القول قوله بغير يمين، إذ لا معنى ليمينه، لأنه سواء حلف أو نكل، لا بُدَّ أن يباع من الطعام بمائة دينار للمرتهن، ويوقف الباقي، وليس قوله بصحيح، بل لا بد من يمينه، لأنه إن حلف بيع الطعام على ملك المرتهن، وإن نكل على اليمين، حلف المرتهن وبيع الطعام على ملك المرتهن، ولو بدر السلطان فباعه قبل أن يحلف الراهن، ووقف البقية، لمضى ذلك من حكمه ولم يحتج في ذلك إلى أن يتعقب حكمه بيمين، ولو تلف الطعام، في حال بيعه، لم يكن بُدٌّ من الرجوع في ذلك إلى الايمان. فإن حلف الراهن كانت مصيبته من المرتهن، وإن نكل عن اليمين وحلف المرتهن، كانت مصيبته من الراهن. وأما إن كانت قيمته مثل المائة، فالقول قول الراهن مع يمينه، يحلف، ولا يكون للمرتهن إلا المائة إردب، فإن نكل عن اليمين حلف المرتهن، وأخذ المائة، ولا كلام في هذا الوجه لأن الرهن لا يشهد للمرتهن بصفة الدين إذا اختلفا في نوعه، وإنما يشهد في مبلغه إذا اختلفا في قدره، على اختلاف بين أهل العلوم في ذلك، قد مضى ذكره، وأما إن كانت قيمتها أقل من المائة التي ادعى المرتهن، وهي قيمة الرهن، فوجه الحكم في ذلك أن يحلفا جميعاً، لأن كل واحد منهما في حكم المدعي والمدعَى عليه: الراهن مدعى عليه في الدنانير التي لم يقربها، وهو في حكم المدعي على المرتهن فيما نقص من قيمة الرهن، لأنه يصدق في ذلك مع يمينه، لشهادة الرهن له، والمرتهن مدع في الدنانير التي لم يقر له بها الراهن وهو في حكم المدعَى عليه فيما نقص من قيمة الرهن، لأن القول قوله في ذلك مع يمينه، لشهادة الرهن له بذلك، فإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً دفع الراهن إلى المرتهن المائة الإِردب، ووفاه قيمة ما نقصت قيمتها من المائة دينار. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما، إن كان الراهن هو الحالف، لم يكن للمرتهن إلا المائة إردب، وإن كان المرتهن هو الحالف، كانت له المائة دينار على الراهن. فقوله: واختلافهما في هذين النوعين كاختلافهما في النوع الواحد، ليس على عمومه، لأن القول قول الراهن في النوع الذي يُقر به على كل حال. وإنما معناه. أن الرهن للمرتهن شاهد إلى مبلغ قيمته، اتفقا على النوع أو اختلفا

فيه. وسواء كان اختلافهما في عين وعرض، أو في نوعين من العروض، أو في دنانير أو دراهم، الحكمُ في ذلك كله سواء، على ما تقدم. وبالله التوفيق.

مسألة:

من سماع أبي زيد بن الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد: قال ابن القاسم في الرجل يكون للرجلين عليه حقّ إلى أجل، فيرهنهما ذكر حقّ على رجل، على أن أحدهما مبدّأً على صاحبه في أول ما يتقاضاه من الحقّ الذي رهنهما فيجمع بينهما وبين الذي عليه الحق، ويقر لهما به: إن ذلك جائز على ما اشترطا.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا علة تمنع من جوازها. وبالله التوفيق [1].

مسألة:

وقال في رجليْن يكون لهما رهن بينهما، فيقوم أحدهما على بيع الرهن في حقه، وقد كان الآخر أنظره لحقه سنة: إنه إن كان يقدر على قسم الرهن مما لا ينقص حقّ الذي قام على أخذ حقه قسم، ثم بيع له نصف الرهن، فأوفي حقه ووقف النصف الآخر للذي أنظر لحقه إلى الأجل، وإن كان لا يقدر على قسم الرهن إلا بما ينقص حقّ الذي قام على أخذ حقه، بيع الرهن كله، فأعطي الذي قام على أخذ حقه حقه من ذلك، فإن طابت نفس الذي أنظر بحقه سنة أن يدفع بقية ثمن الرهن إلى الراهن، إلى أن يحل حقه، دفع إلى الراهن، وإن كره أحلِف بالله، أنظرت بحقي، إلا ليوقف لي رهني على هيئته ثم أعطي حقه من ذلك، ولم يحبس عنه حقه، ولا يوقف له إلى الأجل. وقد بيع رهنه، لأن إيقاف حقه ضرر على المرتهن في غير منفعة تصل منه إلى الراهن، وهو له ضامن، ودَفْعُ الحقّ إلى المرتهن وإبْراء الراهن من ضمانه خيرٌ لهما

---

(١) من المدونة: قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ لِي عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ إِلَى أَجَلٍ وَقَدْ أَخَذْت مِنْهُ كَفِيلاً، فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلُ أَخَّرْت الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ، أَيَكُونُ هَذَا تَأْخِيراً عَن الْكَفِيلِ أَيْضاً، وَكَيْفَ إِنْ أَخَّرْت الْكَفِيلَ، أَيَكُونُ ذَلِكَ تَأْخِيراً لِلَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ؟ قَالَ: أَمَّا إِذَا أُخِّرَ الْغَرِيمُ فَهُوَ تَأْخِيرٌ لِلْكَفِيلِ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَخَّرَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ فَقَالَ الْحَمِيلُ: لَا أَرْضَى، لِأَنِّي أَخَافُ أَنْ يُفْلِسَ وَيَذْهَبَ مَالُهُ، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَيَكُونُ صَاحِبُ الْحَقِّ بِالْخِيَارِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يُؤَخِّرَ صَاحِبُ الْحَقِّ - وَلَا حَمَالَةَ عَلَى الْحَمِيلِ - فَذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ أَبَى لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْحَمِيلُ. المدونة ٣٢٩/٦.

جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة وأصلها في الموطأ.

وقد مضت متكررة في رسم الرهون من سماع عيسى، ومضى هناك القول على الموضع المختلف فيه منها فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل ارتهن من رجل داراً، إلى أجل، ثم إن المرتهن أكراها من رجل بدينار إلى أجل برضى من صاحب الدار، ثم إن الذي اكتراها أكراها من الراهن إلى ذلك الأجل، فهل يفسخ هذا رهنه؟ وكيف يصنع؟ قال ابن القاسم: إن كان ذلك من سبب صاحب الدار فالكراءُ له لازم، وذلك فساد لرهنه، ولا رهن له فيها ما دامت في يديه، وإن كان ذلك من أجنبي من الناس، وصح ذلك، فذلك جائز.

قال الإمام القاضي قوله: إنه كان المكتري الذي اكتراها من المرتهن، فأكراها من الراهن من سبب الراهن، فالكراء لازم له، والرهن يفسخ، صحيح على ما في المدونة، من أن من حَلف ألا يبيع من رجل سلعة، فباعها من رجل اشتراها للمحلوف عليه، إنه حانث، إن كان الرجل الذي باعها منه من سبب المحلوف عليه، لأنه إذا أكراها ممن هو من سبب الراهن، فكأنه قد أكراها من الراهن، وهذا بيِّن إذا علم أنه من سببه، وأما إذا لم يعلم أنه من سببه، فيجري الأمر في انفساخ الرهن على الاختلاف في تحنيث الحالف، فأشهب يقول: إنه لا حنث عيله، وروى ذلك عن مالك، وظاهر ما في المدونة أنه حانث. والاختلاف في هذا عندي إنما يرجع إلى تصديقه في دعواهُ أنه لم يعلم أنه من سببه. وفي قوله: ولا رهن له فيها ما دامت في يديه، دليل أنه إن انقضى الكراء، فرجعت إلى المكتري الأول، الذي أكراها منه المرتهن، أو إلى المرتهن، ترجع على الرهن، وهذا مما لا اختلاف فيه، بخلاف إذ اردها الراهن إليه باختياره، قبل انقضاء أجل كرائه.

وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك، وتوجيهه في رسم العتق من سماع عيسى، فلا معنى لِإعادته. وأما قوله وإن كان ذلك من أجنبي وصح فذلك جائز، فالمعنى في ذلك أن الكراء يجوز ولا ينفسخ الرهن، وإنما لم ينفسخ الرهن وإن كان قد صار بيد الراهن لأن المرتهن مغلوب على ذلك بما لزمه من عقد الكراء، فأشبه ما لو سرقه الراهن، فلم يعلم المرتهن بذلك حتى قام عليه الغرماء، إن الرهن لا ينفسخ، أو لو كان عبداً فأبق من عند المرتهن، فأخذه الراهن، ولم يعلم بذلك المرتهن. وقد مضى بيان هذا في

رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: ولو أن رجلاً ارتهن من رجل عبداً إلى أجل، ثم جاءه الراهن، فسأله أن يرد العبد ويعطيه مكانه رهناً غيره، فلا بأس.

قال محمد بن أحمد: هذه مسألة بينة لا إشكال فيها ولا كلام. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل ارتهن رجلاً حائطه بعشرة دنانير، ثم رهن نصف الحائط ثانية من رجل آخر بإذنه بعشرة دنانير، ثم قضى الأول، فأراد أن يرهن نصف حائطه من رجل آخر، يريد النصف الذي قضى عنه ما كان رهنه به، قال: ذلك له.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه إنما رهن الثاني نصف الحائط، فلا حجة له بمنعه بها من أن يفك النصف الأول من المرتهن الأول، ويرهنه من غيره، لأنه إذا فعل ذلك حل المرتهن الثالث في النصف الذي افتكه من المرتهن الأول، فحل الذي افتكه منه، وارتفعت يد الراهن عنه، فصحت الحيازة في الحائط للمرتهنين، كان الحائط بيد أحدهما أو بأيديهما جميعاً، ولو أن صاحب الحائط لما افتكَّ النصف الذي رهنه من الأول، بقي بيده، لبطل رهن الثاني، فلا يصح رهن الثاني إذا أفتك صاحب الحائط النصف الذي رهنه من الأول، إلا أن يسلمه اليه، فيحوز جميعه، أو يجعلانه جميعا على يدي عدل. وقد اختلف إن أكرياه جميعاً، فقيل: يصح الحوز، وقيل: لا يصح حتى يقتسماه، فيكري المرتهن نصيبه، وكذلك إن عمراه جميعاً على الإِشاعة، يتخرج ذلك على القولين في الرجل يتصدق بجزء من أرضه، على الإِشاعة، فيعمر المتصدق عليه الأرض مع المتصدق، على توجه التقصي لحقه، والتشاح إلى أن يموت المتصدق، فرأى ذلك ابن القاسم حيازته، وخالفه في ذلك أصبغ والأظهر في الصدقة أن تكون حيازة، وفي الرهن ألا يكون حيازة لأن الحيازة أقوى في الرهن منها في الصدقة والهبة، لقول الله عزْ وجل: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل اشترى من رجل عبداً بمائة دينار إلى أجل، ورهنه داراً إلى أجل، ثم قال له: أنا أرهنك في عبدك ما بعد مائة دينار، من ثمن الدار، يقول: إذا بعت الدار، فافبدأ بأخذ مائة، فما كان بعد المائة فهو رهن لك من حقك، فقال: لا يجوز هذا الرهن.

قال محمد بن رشد: قال ابن المواز عن مالك: إنه على شرطه، ولعل مائة المائة، وما بعدها رهن.

وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة وما كان في معناها في تكملنا على أول مسألة من سماع أصبغ فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل ارتهن نخْلاً لمن يكون العسل؟ قال: للراهن، وهو مثل النخل.

قال محمد بن رشد: يريد: إن النحل تكون له بأَجْباحِها ولا يكون له عسلها، إلا أن يشترطه، وهذا مِمّا لا اختلاف فيه، أحفظه في المذهب لقول النبي عليه السلام. " الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ بَنَفَقَتِهِ " (١) فكما يكون للراهن لبن الغنم المرهونة، فكذلك له عسل النحل المرهونة، وكذلك لو رهنه الأجباح، لكانت له بنحلها، ولا يكون له عسلها الذي فيها يوم الرهن، ولا ما يصير فيها بعد ذلك، إلا أن يشترطه على حكم البيع إذا باع النحل دخلت الأجباح في البيع دون ما فيها من العسل، وإذا باع الأجباح دخلت النحل فيها دون ما في الأجباح من العسل. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في دار بين عبد الله وعبد الرحمن، فرهن عبد الله حصته من رجل بعشرة دنانير، ووضع حصته من الدار على يدي عبد الرحمن، وهو ساكن في الدار كلها. قال: أليس يسكن في حصته عبد الله بكذا؟ قال: نعم. قال لا بأس به.

محمد بن أحمد: هذه المسألة من مسائل المجالس لم تتدبر وفيها نظر، لأن حيازة الرهن لا يكون إلا بأن يوضع على يدي عدل، أو يكريه المرتهن بإذن الراهن، إن كان له الكراء، أو بغير إذنه، إن كان لم يشترط الكراء في رهنه، وأما إن أكراه الراهن بإذن المرتهن، أو بغير إذنه، والكراء له، لم يشترطه المرتهن في رهنه، فقد بطلت حيازة الرهن. وهذا نص قوله في المدونة: إنه إذا أذن له أن يكري الدار، فقد خرجت من الرهن. فقوله في هذه الرواية: أليس يسكن في حصته عبد الله بكراء؟ قال نعم. قال: لا بأس به، يدل على أنه لو سكن فيها بغير كراء، لم يجز. وصواب هذا أن يكون بالعكس، إذا وضع حصته التي رهن بيد شريكه على أن يسكن فيها بالكراء، لم يجز على ما بيناه من أن الراهن إذا أكري الدار التي رهن، بطلت الحيازة فيها، وإن كان أكراها بإذن

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٨٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٣٧١).

المرتهن. إذا كان الكراء له، وإذا وضعها بيده على أن يسكن فيها بغير كراء، بإذن المرتهن، جاز ذلك، وكان الشريك حائزاً لأنه كالعدل الموضوع على يديه الرهن، فلا تصلح المسألة إلا، على تأويل فيه بعد، وهو أن يحمل على أن الراهن وضع حصته من الدار، بيد شريكه فيها قبل الرهن، ثم رهنها وهي بيده، فإن كانت بيده بكراء، ورهنها بكرائها، جاز، وإن كانت بيده بغير كراء، على سبيل الائتمان له عليها، ورهنها، لم يجز، إلا أن يخرجها من يده، لأن كونها بيد أمينة، ككونها بيده، لأن يده كيده، لأنه متى حملت المسألة على أن الراهن وضع حصته التي رهن من الدار بيد شريكه بعد الرهن، لم يستقم قوله بحال، إلا أنه إن كان وضعها بيده بغير إذن المرتهن، لم تكن حيازة، كان وضْعُه إياها بيده بكراء أو بغير كراء، وإن كان وضعها بيده بإذن المرتهن. تكون حيازة، إن كان وضعها إياه بغير كراء، ولا تكون حيازة، إن كان وضْعُها بيده بكراء إلا أن يكون الكراء رهناً وهذا كله خلاف قوله، فتدبره. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل رهن رجلاً دابة أو عبداً، فماتا في يدي المرتهن، واختلفا فيما رهن فيه، فقال: القول قول الذي عليه الحق، وليس هو إذا مات بمنزلة إذا كان حيا والذي في يديه الرهن إذا كان حيا مصدق فيما بينه وبين قيمة الدابة.

محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة. وقد مضى القول فيها في أول سماع ابن القاسم، في رسم العارية من سماع عيسى وفي رسم الصلاة من سماع يحيى مستوفى. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل له على رجل حق، فرهنه حائطاً لي، ووضعه على يدي رجل، وأراد الذي وضع على يديه، أن يساقيه الذي له الحق. قال: لا بأس بذلك. قيل له: فأراد الذي وضع على يديه، أن يأخذه مساقاة قال: لا يأخذها مساقاة إلا برضى منهما جميعاً.

قال محمد بن رشد: مساقاة العدل للحائط الذي وضع على يديه، ككرائه للدار التي وضعت على يديه سواء، فإذا أكري الدار من المرتهن أو ساقاه في الحائط، جاز ذلك، لأن كون ذلك في يديه بالمساقاة، أو الكراء، أبين في الحوز من كونه بيد غيره بذلك، ولا يلزم الراهن ذلك، إلا أن يرضى به، إذ من حقه أن لا يساقي فيه، وإن يستأخر عليه من ماله، فيكون جميع الثمرة له. وأما قوله: إن الذي وضع الحائط على يديه، لا يأخذ مساقاة من ربه، إلا برضاهما جميعاً، ففيه نظر. إذ لا فرق بين عقد

المساقاة في ذلك، وبين عقد الكراء، ولا بين أن يعقد ذلك الراهن مع العدل، أو مع غيره، فلا يجوز أن يلي الراهن عقد المساقاة، وإن أذن له في ذلك المرتهن، إذا كانت الثمرة له، وأما قوله: إن الذي وضع الحائط على يديه للراهن، لم يشترطها المرتهن في رهنه، قياساً على عقد الكراء، وإنما يلي العقد في ذلك، مع العدل المرتهن إذ أرضى الراهن صاحب الحائط، بأن يساقي، إذ من حقه أن يستأجر عليه من ماله، فيكون جميع الثمرة له، ولا يساقي فيه، حسبما ذكرناه، فقوله: إلا برضاهما جميعاً معناه: مع أن يكون المرتهن منهما هو الذي العقد فيه معه. وقد مضى فوق هذا من هذا السماع، وفي رسم الرهون، من سماع عيسى تحصيل القول فيمن يلي عقد الكراء في الرهن، وهو بين ما ذكرناه في هذه المسألة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل يرهن العبد بمائة دينار، ثم يجرح العبد، فيخير السيد في أن يسلمه أو يفتديه، فيسلمه، هل يحل عليه الدين إذا فات الرهن وهو مليء بالحق؟ فقال: لا يحل عليه الحق، قلت له: فكيف يكون؟ أيكون عليه الدين إلى أجله، قال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، إذ لا يحل عليه الدين بإسلام العبد الرهن بجنايته، إذ لا يلزمه أن يفتكه، فلم يتعد فيها صنع، إلا أنَّ من حقّ المرتهن أن يفتكه بجنايته، فيكون أَحق به فيما فداه به ربّ الدين الذي له، ويباع معجلاً إن شاء، وإن كان فيه فضل عما فداه به، نض له من دينه، واتبعه ببقية دينه إلى أجله، وإن لم يفِ بما فداه، لم يكن على سيده من ذلك شيء، وإن أراد أن يؤخر بيعه إلى أن يحل أَجل الدين، كان ذلك له، ولم يكن للراهن في ذلك كلام، لأن المرتهن يقول. إن أراد تأخير بيعه، أرجو أن تزيد قيمته إلى الأجل، فيكون فيه وفاء بالدين وبما افتككته به، وإن أراد تعجيل بيعه، أخشى أن يتلف أو تنحط قيمته، فأخسر ما افتككته به، ولو أَبى الراهن أولاً من افتكاكه، وأراد أن يباع، فيؤدي من ثمنه الجناية، ويأخذ المرتهن الباقي من دينه، لم يكن ذلك له، إلا أن يرضى المرتهن بذلك رهناً. قال في المدونة: إنه لا يباع حتى يحل أجل الدين. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في رجل رهن جارية ووضعها على يدي رجل فعمد الذي جعلت على يديه، فأرسلها إلى الراهن، أو ردها إليه. فوطئها فحملت، قال: الأمين ضامن لقيمتها يوم أحبَلَها، وليس لجميع الرهن، ولكن لقيمتها يوم أحبلها، وتكون أم

ولد لسيدها، ويتبع الأمين السيد، إلا أن لا يكون للأمين مال، فإن لم يكن للأمين مال، كان المرتهن أحقّ بالجارية، وهذا كله إذا لم يعلم المرتهن بالرد، فإذا علم فلا رهن له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد تكررت في رسم حبل حبلة من سماع عيسى. ومضى الكلام عليها مستوفىً فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل رهن رجلاً رهناً ووضعه له على يدي عدل، فباع ذلك العدل الرهن، وقضى الغريم كما أمره، فاستحق الرهن عند المشتري، على من يرجع المشتري بالثمن؟ قال: إن كان لصاحبه الذي رهنه مالٌ، رجع عليه، وإلا رجع على الذي بيع له، فأخذ الثمن منه، وإنما هو بمنزلة الذي يفلس، فيباع ماله، فيستحق شيء منه، فإنما يرجع على الغرماء، إذا لم يكن لصاحبه شيء. قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا لبس في شيء من معانيها، فلا تفتقر إلى التكلم عليها. والله الموفق.

مسألة:

وعن رجل كان له على رجل حقّ إلى أجل، وأخذ منه رهناً، ووضعه له على يدي رجل، ورضيا به جميعا فحل الأجل، وغاب الذي عليه الحق، فجاء صاحب الحقّ إلى الذي وضع الرهن على يديه، فقال له: قد حل حقي، فادْفع إليّ الرهن، حتى أبيعه وآخذ حقي، فدفعه إليه، فضاع منه الرهن، قال: يضمن الذي وضع الرهن على يديه، ولا شيء على صاحب الحقّ الذي ضاع الرهن منه، لأنه إنما اؤتمن عليه، فلا يلزمه شيء. قلت: وإن كان الرهن مما يغيب إليه، قال: نعم.

قال الإمام القاضي اعترض ابن دحون هذه المسألة فقال فيها: إنها غير جيدة، كيف يضمن الأمين؟ وإنما جعل الرهن على يديه ليبيعه عند حلول الأجل. والمسألة عندي صحيحة، ولا وجه لاعتراض ابن دحون، بما اعترضها به، لأن العدل الذي وضع على يديه الرهن، ليس له أن يبيعه. إذ لم يجعل إليه بيعه، ولا ارتُهن إلا على أن يجوزه للمرتهن، ولو جعل إليه بيعه، لكان متعدياً في دفعه إلى صاحب الحق، وائتمانه عليه، ولوجب أن يكون ضمانه إن تلف عنده من العدل الذي دفعه إليه، كمن دفع إلى رجل سلعة لبيعها، فدفعها إلى غيره ليبيعها، فتلفت منه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل ارتهن جارية، فوضعت على يدي رجل، ثم إن سيدها سأل الذي

وضعت على يديه أن يعيره إياها في عمل فأعاره، فوثب عليها فوطئها فحملت منه. قال: إن كان سيدها مَليًّا غرم الحق، ودفع إلى صاحب الحق، وإن لم يحل الأجل، إلا أن يكون الذي عليه طعام أو عرض، فيغرم رهناً مكانه إلى ذلك الأجل، وإن لم يكن مَليًّا أخذ من الذي وضعت على يديه قيمتها، ورجع هو على سيدها.

قال محمد بن رشد: قوله: إلا أن يكون الذي عليه طعام أو عرض، فيغرم رهناً مكانه، إلى ذلك الأجل، معناه: إلا أن يرضى المرتهن بقبضه قبل حلول أجله، فيجبر الراهن على تعجيله. وهذا إذا كان الطعام والعرض من بيع، إذ ليس لمن عليه طعام أو عرض من بيع أَن يعجله لصاحبه، قبل محل الأجل، إلا برضاه. وأما إن كان الطعام أو العرض من قرض، فهو بمنزلة العين، يجبر الراهن على تعجيله، لتعديه على الرهن بما أفاته به.

وقد مضت هذه المسألة فوق هذا في هذا السماع، وتكررت أيضاً في رسم حبل حبلة من سماع عيسى، ومضى القول عليها مستوفى. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجل رهن وَصيفاً له يرضع، قال: أُمهُ تكون معه في الرهن.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفىً في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجلٍ أرهن رهنا إلى سنة، ثم رهنه أيضاً من آخر إلى شهر برضى من الأول، فجاء الشهر وطلب المرتهن الآخر حقه، قال: إذا كان ليس فيه فضل، لم يبع الرهن إلى ذلك الأجل، وإن كان في الرهن فضل عما رهنه عند الأول، بيع الرهن، فأعطي للأول حقه قبل حلول الأجل، فما بقي أعطي الآخر منه حقه، قال: فإن قال قائل لم يُبدأ هذا اليوم، وأجله الذي إليه دينه لم يحل، قال: فإنه يقال له: لأن هذا كان مُبدأ عليك، فهو يأخذ قبلك، فما فضل كان لك، وإن لم يكن في الرهن فضل شيء كان على حاله إلى ذلك الأجل.

قال محمد بن رشد: قوله في أول المسألة ثم رهنه أيضاً من آخر إلى شهر برضى من الأول، كلام ليس على ظاهره، ومراده به: ثم رهن أيضاً فضلته من آخر إلى شهر برضى الأول، لأنه إذا رهن الرهن من رجل ثم رهنه من آخر برضى من الأول، بطل رهن الأول، وأما إذا رهن فضلته من آخر، فهو كما قال في المسألة. وقد مضى القول

على ارتهان فضلة الرهن مستوفىً في أول رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب، وفي رسم بع ولا نقصان عليك، من سماع عيسى فقف على ذلك في الموضعين. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في العبد الرهن يخرج إن عقله رهن مع رقبته ويوضع على يدي الذي وضع الرهن على يديه، لأنه ينقص من رهنه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه لان ما نقصت الجناية عنه كعضو من أعضائه، فوجب أن يكون رهنا معه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل رهن عندي سِواراً. فقال صاحب الرهن لا أدري بكم رهنته؟ وقلت لا أدري بكم ارتهنته؟ قال: أرى أن ترجع إليه قيمة الرهن، ثم أنت أعلم بعد، إن شئت فخُذ، وإن شئت فدع إلا أنه يقض على صاحب الرهن بأن لا يأخذه حتى يدفع قيمته.

قال محمد بن رشد: الجهل بما رهن فيه الرهن، كالجهل بمبلغ قيمة الرهن سواء، فإذا مضى الرهن بما فيه، إذا جهلت قيمته على ما لأشهب، في رسم الكراء والأقضية، من سماع أصبغ وجب أن يمضي بما فيه من الدين إذا جهل مبلغ ذلك الدين، ولم يكن للراهن أن يأخذه حتى يدفع قيمته إلى المرتهن ويوزع المرتهن في أخذها أو أخذ شيء منها لجهله بمبلغ حقه منها وبالله التوفيق.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاستحقاق

من سماع ابن القاسم من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك، في أرض بين رجلين، فاحتفر أحدهما بيراً أو غرس فيها غرسا، فيريد الآخر أن يدخل معه، إنه يكون عليه في البير بقدر ما له في الأرض.

محمد بن رشد. قال مالك في هذه الرواية: إن الشريك إذا أراد أن يدخل مع شريكه فيما بنى أو حفر أو غرس، يكون عليه في البير، بقدر ما له في الأرض، ولم يبين إن كان يكون عليه في ذلك قدر حظه من النفقة التي أنفقها أو من قيمة العمل قائماً أو من قيمته منقوضاً، وفي ذلك تفصيل، إذ لا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون بنى وغرس واحتفر، وشريكه غائب بغير إذن منه ولا علمه، والثاني أن يكون بنى وغرس به واحتفر بحضرة شريكه، دون أن يأذن له في ذلك، والثالث أن يكون بنى وغرس واحتفر بإذن شريكه، فأما إذا كان بُنيانُه وغرسه وحفره، وشريكه غائب بغير إذنه ولا عمله، فيتخرج ذلك على قولين: أحدهما إن الشركة بينهما في الأرض شُبهة، توجب أن يكون له قدر حظ شريكه من قيمة عمله قائماً، إلا أن يكون قدر حظه من النفقة التي أنفقها أقل من ذلك، فلا يزاد عليه، يقوم هذا القول مما وقع لابن القاسم في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب الشركة، والقول الثاني إن الشركة ليست بشبهة، فلا يكون له فيما بنى أو غرس أو احتفر، إلا قيمة ذلك منقوضاً. وقول ابن القاسم في المسألة التي تلي هذه، ويقوم ذلك أيضاً مما وقع في سماع سحنون من كتاب المزارعة. وأما إذا كان بنيانُه وغرسه وحفره بحضرة شريكه وعلمه دون أن يأذن في ذلك، فيتخرج ذلك على الاختلاف في السكوت، هل هو كالإِذن أم لا؟ فعلى القول بأنه كالإِذن إن كان قد مضى من المدة ما يراهُ أنه إذن له إلى مثلها، كان عليه قدر حظه من ذلك قائماً. ويختلف على هذا القول، هل يكون له كراء في حصته لما مضى من المدة أم لا؟ فقيل: إنه لا كراء له، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه في آخر هذا الرسم، وقيل إن له الكراء بعد أن يحلف أنه ما رضي بترك حقه من الكراء في ذلك، وهو قول عيسى بن دينار من رأيه في آخر سماعه من كتاب الشركة. وعلى قول

بأنه ليس كالإذن، يكون له كراء حصته لما مضى من المدة قولاً واحداً ويكون عليه قدر حظه من البنيان منقوضاً، وإن لم يمض من المدة ما يرى أنه ينهى إلى مثلها. وأما إذا كان بناؤه وغرسه وحفره بعلم شريكه وإذنه له في ذلك، فالحكم في ذلك على ما ذكرناه، إذا سكت ولم يأذن له، على القول بأن السكوت كالإذن. وأخذا كله إذا رضيا بالمقام على الشركة، أو كان ذلك مما لا ينقسم، وأما إذا دعوا جميعاً إلى القسمة، وكان ذلك مما ينقسم فالحكم في ذلك على ما قاله ابن القاسم بعد هذا متصلاً بقول مالك، ولو دعا إلى ذلك أحدهما لدخل الخلاف فيه عندي من مسألة كتاب الشفعة من المدونة حسبما نذكره بعد هذا إن شاء الله.

مسألة:

قال ابن القاسم: من غرس أو بنى في أرض بينه وبين شريك له، وشريكه غائب، فإنهما يقسمان الأرض، فإن كان بنيانه فيما صار له من الأرض، كان له وكان عليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب صاحبه، وإن كان البنيان والغرس في نصيب غيره، خُير الذي صار في حظه بين أن يعطيه قيمته منقوضا، وبين أن يسلم إليه نقضه ينقله، ويكون له أيضاً من الكراء على الباني بقدر ما انتفع به من مصاب صاحبه الغائب. قال عيسى: قال ابن القاسم: ولو بنى بمحضر شريكه لم يكن لشريكه كراء، لأنه كالإذن.

قال محمد بن رشد: لم ير ابن القاسم في هذه الرواية الشركة بينهما في الأرض شبهة للباني منهما إذ قال: إنه إذا بنى وشريكه غائب، يقتسمان الأرض، فإن حصل البناء ما القسمة في حظ شريكه، لم يكن له عليه فيه، إلا قيمته منقوضاً، يريد: طال زمان ذلك أو لم يطل. وقد ذكرنا الاختلاف قبل هذا في كون الشركة بينهما في الأرض شبهة للباني منهما فيما بنى. وظاهر قوله: إن الحكم يكون في ذلك على ما ذكره من قسمة الأرض إلى آخر قوله، سواء اتفقا على القسمة ابتداء أو دُعوا إليها أو اختلفا إليها أحدهما ابتداء، أو دعا الآخر إلى أن يحكم بينهما في الغرس والبناء قبل القسمة. ولا اختلاف إذا اتفقا على القسمة، ودعوا إليها ابتداء، وأما إذا اختلفا في ذلك، فالذي يأتي في هذه المسألة على ما في آخر كتاب الشفعة من المدونة في الدار تكون بين الرجلين، فيبيع أحدهما طائفة منها بعينها أن يشتركا في البنيان، بأن يعطي الذي يبنى للباني من قيمته منقوضاً. قدر حظه من الأرض، ثم يقتسمان بعد أو يتركان. ولو بنى بإذن شريكه أو بعلمه وهو ساكت لا يغير ولا ينكر، على القول بأن السكوت كالإذن، لوجب على مذهبه، وروايته عن مالك أن يكون له قيمة بنيانه قائماً، إن اقتسما، فصار البنيان في حظ

شريكه أو قيمة حظه منه قائماً، إن رضيا بالبقاء على الشركة، أوثانت الأرض لا تنقسم، إلا أن تطول المدة إلى أن يمضي منها ما يرى أنه إذن له في البناء إلى مثلها، فتكون القيمة فيه منقوضاً، خلاف رواية المدنيين عن مالك في أن القسمة لا تكون في ذلك إلا قائماً، سواء طال زمان ذلك أو قصر، إذا بنى بإذنه أو بعلمه وهو ساكت، إذ لا يكون على روايتهم عنه لمن بنى قيمة بنيانه منقوضاً، إلا أن يكون بنى متعدياً على غير وجه شبهة ورواية عيسى عن ابن القاسم في قوله في آخر المسألة إنه لو بنى بمحضر شريكه، لم يكن لشريكه كراء، لأنه كالإذن خلاف قوله من رأيه في سماعه من كتاب الشركة. وقد ذكرنا ذلك في المسألة التي قبل هذه. والمسألة كلها متكررة في رسم إن خرجت من سماعه من هذا الكتاب بالمعنى وإن اختلف اللفظ. وبالله التوفيق.

ومن كتاب القبلة

وقال مالك في رجل ابتاع أمة فقبضها ثم ادعت الجارية الحرية عنده، وسمَّتْ بلادها وقبيلتها ونَسَبتْ أهلها في بلدة بعيدة أو قريبة، قال: يُرفع ذلك إلى الوالي، فإن كان ما ادعت شيئاً له وجه، كتب بأمرها حتى يستبري ذلك، وما كان من ذلك من نفقه أو مؤونة فعلى المشتري، ولا ترد على البائع بقولها، ولا يلزمه شيء من النفقة في طلب استبراء ما ذكرت، فإن تبين صدق ما قالت، ردّ البائع على المشتري الثمن، ولم يلزم البائع شيء مما أنفق. وإن سَمَّتْ بلاداً بعيداً ولم تنتسب نسبا يعرف، ولا شيئاً بيّناً إلا ملتبس لم يكن من ذلك على البائع شيء، وإن هي نزعت عن قولها، بطل ذلك، إلا أن يخاف أن تنزع عن خوف.

قال محمد بن رشد: قال في هذه الرواية. إنه إن كان ما ادعت شيئاً له وجه، كتب بأمرها، حتى يستبرأ ذلك، يريد: بعد أن يؤخذ من سيدها حميل. ولم يفرق في هذا بين القرب والبعد، بل يريد التسوية بينهما. وقد قيل: إنه لا يلزم السيد شيء إذا كان الموضع بعيداً، وهو دليل ما في سماع عبد المالك بن الحسن من كتاب الأقضية. وحد القُرب في ذلك باليوم ونحوه. وقد مضى هناك تحصيل القول في هذه المسألة، بما لا مزيد عليه. وقوله: إن ما كان في ذلك من نفقة أو مؤونة فعلى المشتري، معناه: إنه ليس له أن يرجع بشيء من ذلك على البائع على حال، ثبتتْ حريتها، أو لم تثبت إذ لا يجب شيء من ذلك عليه، إلا أن يتطوع به، وإنما يجب ذلك على الإمام من بيت المال. وقوله: إنها لا ترد على البائع بقولها. صحيح، لأنه عيب حدث عند المشتري. فإن باعها هو ولم يبين بأنها ادعت الحرية عنده، كان ذلك عيباً يجب به الرد عليه. قال ذلك

في أول سماع ابن القاسم من كتاب العيوب. وقوله: وإن سمت بلداً بعيداً ولم تنتسب نسباً يُعرف ولا شيئاً بيناً إلا ملتبس لم يكن من ذلك على البائع شيء، كلام فيه نظر، إذ لا اختلاف ولا إشكال في أنها لا ترد على البائع بدعواها الحرية عند المشتري، وإن أشبه ما ادعته من ذلك، ولا يرجع عليه المشتري بما أنفق في استبراء ما ادعته، فينبغي أن يُتأول على أنه إنما أراد أنه إن باعها ولم يبين بدعواها الحرية عنده، لم ترد علي إن كانت سمَّتْ بلداً بعيداً، أو لم تنتسب نسباً يعرف، بخلاف إذا أتت من ذلك بأمر يُشبه. والله أعلم. وإذا استحقت الجارية بحرية لم يلزمها الذهاب مع المشتري إلى موضع بائعه، ليسترجع منه ثمنه، وإنما يكتب له القاضي بصفتها. ذَكَرَ ذلك ابن عبدوس عن ابن القاسم، وذكر ابن حبيب في وثائقه على ما حكى عنه الفضل: إن من حقّ المشتري الذي استحق من يده، أن ترفع معه ليأخذ رأس ماله من البائع، مثل ما لو استحق برق، وقال ابن كنانة ترفع معه إن كانت غرت ولا ترفع معه إن كانت لم تغر، وهو جيد، فينبغي أن يحمل قوله على التفسير لقول ابن القاسم، وقول ابن حبيب. وقد مضى هذا المعنى بزيادة فيها بيان، في آخر سماع عيسى من كتاب الجهاد. فقف على ذلك وتدبره. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن الرجل يعترف الدابة بالبلد، فيقيم شاهداً واحداً ويُسأل أن توقف له، حتى يأتي بشاهد آخر، فيوقف في طلب ذلك، فيقيم فيه أياماً ثم يستحق ذلك بعد، على من ترى نفقتها في إقامتها؟ قال: والجواري كذلك، ثم قال: أرى النفقة ممن تكون له الدابة.

قال محمد بن رشد: قوله: أرى النفقة ممن تكون له الدابة، هو مثل ما في المدونة، إن النفقة على الشيء المدعى فيه في حال التوقيف ممن يقضى له به، يريد: إن المدعى عليه، ينفق في حال التوقيف ممن يقضى له به فإن قُضي به للمدعي رجع عليه صاحبه بالنفقة، وقد قيل: إنهما ينفقان عليه جميعاً. لمن قضى له به منهما، ورجع عليه صاحبه بنصف النفقة. وهو قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من كتاب الدعوى والصلح، ولكي المجموعة. وقد اختلف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق، وتكون الغلة له، ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال: أحدها: إنه لا يدْخل في ضمانه، ولا تجب له الغلة، حتى يُقضى له به. وهو قول ابن القاسم في رسم حمل صبياً من سماع عيسى. من كتاب الدعوى أو الصلح، والذي يأتي على قول مالك في

المدونة إن الغلة للذي في يديه حتى يقضى بها للطالب وعلى قول سحنون في نوازله من كتاب الغصب: إن المصيبة من المشتري حتى يحكم به للمدعي، وعلى هذا القول لا يجب توقيف الأصل المستحق، توقيفاً يحال بينه وبينه، ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في المدونة، إن الرباع التي لا تحول ولا تزول، لا توقف، مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفاً يمنع من الأحْداثِ فيها، والثاني إنه يدخل في ضمانه، وتكون له الغلة، ويجب توقيفه وقفاً يحول بينه وبينه، إذا ثبت له بشهادة شاهدين، أو شاهد وامرأتين. وهو قول مالك في رسم مرض بعد هذا من هذا السماع. وظاهر قوله في موطأه إذ قال فيه: إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة إذ قال: إن التوقيف يجب إذا أثبت المدعي حقه وكلف المدعى عليه المدفع، والقول الثالث إنه يدْخل في ضمانه، وتجب له الغلة، فالتوقيف بشهادة شاهد واحد، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، إنه يحلف مع شهادة شاهده، وتكون المصيبة منه. وإن كانت يمينه بعد موتها، فإن قيل: كيف يحلف لتكون المصيبة منه، ويستحق المستحق بينه الرجوع على بائعه بالثمن؟ قيل ألا يحلف، لأنه إن نكل عن اليمين على هذه الرواية، يحلف المستحق منه الذي مات العبد عنده، أنه لا حقّ للقائم فيه، ولقد ادعى باطلاً، ويرجع عليه بقيمته، لأنه أحقّ عليه يمينه العدا في توقيفه عليه بغير حق، ويؤيّد هذا ما يأتي في رسم حمل صبياً من سماع عيسى بعد هذا. وقول أشهب في نوازل سحنون من كتاب الرهون: فليست يمين المستحق على هذه الرواية ليستحق غيره، وهو المستحق منه الرجوع على بائعه بالثمن، وإنما هي لينفي عن نفسه العِدا في التوقيف الذي يدعيه عليه المستحق منه، فإن نكل عن اليمين حلف هو، وأغرمه القيمة فما وقع في أحكام ابن زياد من أن التوقيف يجب في الدار بالقفل، وتوقيف الغلة بشهادة الشاهد الواحد، يأتي على هذا القول الثالث. وكذلك النفقة أيضاً، القولُ فيها يجري على هذا الاختلاف، فعلى القول الأول لا يجب للمرضى عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضى له، لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه، وغلته له. وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحقّ بشهادة شاهدين، أو شاهد وامرأتين، لوجوب الضمان عليه، وكون الغلة له من حينئذ. وعلى القول الثالث، يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف، بشهادة الشاهد الواحد، لوجوب الضمان عليه، وكون الغلة له من حينئذ. وقد فرق في رسم حمل صبياً من رواية عيسى عن ابن القاسم، من كتاب الدعوى والصلح، بين النفقة

والضمان والغلة. فقال: إن النفقة ممن تصير إليه، والغلة للذي هي في يديه، لأن الضمان منه، وساوى بين ذلك عيسى من رأيه، وهو القياس. وكذلك ظاهر المدونة أنه مفرق بين النفقة والغلة. والصواب أن لا فرق بينهما وفي أن يكونا تابعين للضمان. إما من يوم وجوب التوقيف بشهادة شاهد واحد، وإما من وجوبه بشهادة شاهدين، وإما من يوم القضاء. والحكم وبالله التوفيق.

ومن كتاب يسلف في المتاع والحيوان المضمون

قال مالك في العبد يدعي الحرية ويذكر بينة غائبة، والجارية مثل ذلك، قال مالك: لا أرى أن يقبل قول العبد، إلا أن يأتي ببينة أو أمر يشبه فيه وجه الحق، فإن أتى بذلك، رأيت له ذلك، وإني لأستحب في الجارية أن يوقف صاحبها عنها، وإن كان مأموناً أُمر أن يكف عن وطئها، وإن كان غير مأمون، إذا جاءت بأمر قوي في الشهادة، رأيت أن توضع علي يدي امرأة، ويُضرب في ذلك أجل الشهرين والثلاثة، مثل الشاهد والعدل البيّن العدالة.

قال محمد بن رشد: قوله لا أرى أن يقبل قول العبد إلا أن يأتي ببينة أو أمر يشبه فيه وجه الحق، فإن أتى بذلك، رأيت له ذلك، كلام وقع على غير تحصيل، إذ لا يصح أن يقبل قول العبد فيما ادعاه من الحرية إلا إذا أتى على ذلك ببينة عدلة، لا إذا أتى على ذلك ببينة غير عدلة، أو بأمر يشبه فيه وجه الحق، والحكم في ذلك يفترق بين أن يأتي على دعوى بينة غير عدلة، أو بشاهد واحد عدل، وبين ألا يأتي بمن يشهد له ويشبه قوله، وبين أن لا يأتي بمن يشهد له، ولا يشبه قوله، حسبما مضى تحصيل القول فيه في سماع عبد المالك بن الحسن من كتاب الأقضية. وقد مضى منه في رسم القبلة قبل هذا. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل تكون بيده الأرض يزرعها في حياة أبيه زماناً يحوزها، ثم يهلك أبوه، فيقول: قد حزتها وهي لي، قال مالك: ليس له ذلك إلا ببينة، أرأيت لو كان أبوه حياً ثم قال ذلك، أكان ذلك له إلا ببينة؟ ومن ذلك أن يكون الولد في مال أبيه يدبر أمره، فهو وغيره ممن لا يدبر، بمنزلة واحدة، فقيل له: يا أبا عبد الله فإن كان أجنبياً من الناس، قال ذلك أقوى أن يقول اشتريت، ومات الشهود وطال الزمان، فقيل له أفترى ذلك للأجنبي؟ فوقف ولم يقض فيها بشيء وكان رأيه أن يراه قوياً. قال ابن القاسم وهو رأي، قال الإمام القاضي: مُجَرَّدُ الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عليه

إلى الحائز باتفاق، ولكنه يدل على الملك كإرخاء الستر، ومعرفة العفاص والوكاء، وما أشبه ذلك من الأشياء، فيكون القول بها قول الحائز مع يمينه، لقول النبي عليه السلام "مَنْ حَازَ شَيْئاً [1] عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ لَهُ ". لأن المعنى عند أهل العلم في قوله عليه السلام هو له، أي إن الحكم يوجبه له بدعواه، فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة، وهي عشرة أعوام، دون هدم ولا بنيان، أو مع الهدم والبنيان، على ما نذكره من الخلاف في ذلك بعد هذا وادعاء مِلْكاً لنفسه، بابتياع أو هبة أو صدقة، وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه. واختلف إن كان هذا الحائز وارثاً، فقيل: إنه بمنزلة الذي ورث ذلك عنه، في مدة الحيازة، وفي أنه لا يتبع بها، دون أن يدعي الوجه الذي تصير به ذلك إلى مورثه، وهو قول مطرف وأصبغَ وقيل تكون مدته في الحيازة أقصى وليس عليه أن يسأل عن شيء، لأنه يقول: ورثت ذلك، ولا أدري بما تصير ذلك إليه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى بعْد هذا من هذا الكتاب. وقول ابن الماجشون: وقوله عندي بيّن في أنه ليس عليه أن يسأل عن شيء، وأما المدة فينبغي أن يستوي فيها الوارث والمورث، لعموم قول النبي عليه السلام " مَنْ حَازَ شَيْئاً عَشْرَ سِنِينَ هُوَ لَهُ " [2] وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة المورث، مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ما كان مورثه قد حاز خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة على الحاضر. وقد اختلف على القول بأن العشرة الأعوام ليست بحيازة، إذا لم يكن هدم ولا بنيان، أو مع الهدم والبنيان إن طالت حيازته مدة تبِيدُ فيها الشهود، وهي العشرون عاما على اختلاف في ذلك، فقيل: إن القول قوله في البيع والهبة والصدقة، وهو قول ابن القاسم في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب القسمة، وقيل: إن القول قوله في البيع، لا في الهبة والصدقة والنزول. وهو قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب.

والحيازات تنقسم على ستة أقسام، لأنها على مراتب ست، أضعفها حيازة الأب على ابنه، والابن على أبيه، ويليها حيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغير الميراث، بعضهم على بعض، وتليها حيازة القرابة بعضهم على بعض، فيما لا شرك بينهم فيه، والموالي والأختان الأشراك بمنزلتهم، وتليها حيازة الموالي والأختان بعضهم على

(١) أخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى (٥٧٣).

(٢) أخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى (٥٧٣).

بعض فيما لا شرك بينهم فيه وتليها حيازة الأجنبيين الأشراك بعضهم على بعض فيما لا شرك بينهم فيه، وهي أقواها وقد قيل: إن سبب الشركة أقوى من سبب القرابة، فالحيازة بينهم أضعفُ وهو بعيد، وإنما الذي يشبه أن يستوي السببان وسنزيد هذا المعنى بياناً في رسم الكبش من سماع يحيى إذا وصلنا بالشرح إن شاء الله.

والحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها السكنى والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس، والاستقلال، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة، والنحل والعتق، والكتابة والتدبير، والوطء، وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله، والاستخدام في الرفيق، والركوب في الدواب، كالسكنى فيما يسكن، والازدراع فيما يزرع، والاستقلال في ذلك كله كالهدْم، والبنيان في الدور، وكالغرس في الأرضين. فأما حيازة الابن على أبيه والأب على ابنه، فلا اختلاف في أنها لا تكون بالسكنى والازدراع. ولا في أنها تكون بالتفويت من البيع والهبة والصدقة، والعتق والتدبير والكتابة والوطء، واختلف هل يحوز كل وأحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس أم لا على قولين: أحدهما أنه لا يحوز عليه بذلك، إن ادعاه ملكاً لنفسه، قام عليه في حياته أو بعد وفاته، وهو قول مالك في هذه الرواية، والمشهور في المذهب، يريد والله أعلم، إلا أن يطول الأمر جداً إلى ما تهلك فيه البينات وينقطع فيه العلم. والثاني أنه يحوز عليه بذلك، قام عليه في حياته أو على سائر ورثته بعد وفاته، إذا ادعاه ملكاً لنفسه، وكان لا ينتقل بالحيازة من موضع إلى موضع. وهو قول ابن دينار في كتاب الجدار، وفي الواضحة وقول مطرف في الواضحة أيضاً. وأما حيازة الأقارب الشركاء بالميراث، أو بغير الميراث، فلا اختلاف في أنها لا تكون بالسكنى والازدراع، إلا على ما تأوَّلَه بعض الناس على ما في المدونة في قوله: وهذا من وجه الحيازة الذي أخبرتك من أنه لا فرق على مذهبه في المدونة في الحيازة بين الأقارب والأجنبيين، وهو بعيد، ولا في أنها تكون حيازة بالتفويت من البيع والهبة والصدقة، والعتق والكتابة والتدبير والوطء، وإن لم تطل المدة.

فصل:

وهذا الذي ذكرناه من أنه لا اختلاف في أن الحيازة تكون بين أهل الميراث بالتفويت من البيع والهبة والصدقة والعتق، والكتابة والتدبير، وما أشبه ذلك من الوطء الذي لا يصح للرجل أن يفعله إلا فيما خلص من ماله، وإن لم تطل المدة، هو أمرٌ متفق عليه في الجملة، ويفترق الحكم فيه على التفصيل، إذ لا يخلو من أن يكون فوت

بذلك كله الكل أو الأكثر، أو الأقل أو النصف، وما قاربه. فأما إذا فوت الكل بالبيع، فإن كان المحوز عليه حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس، لزمه البيع في حصته، وكان له الثمن، وإن سكت بعد انقضاء المجلس، حتى مضى العام ونحوه، استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه أنه انفرد بالوجه الذي يَذكره من ابتياع أو مقاسمة أو ما أشبه ذلك. وإن لم يعلم بالبيع إلا عند وقوعه، فقام حين علم، أخذ حقه، وإن لم يعلم إلا بعد العام ونحوه، لم يكن له إلا الثمن، وان لم يقم حتى مضت مدة الحيازة، لم يكن له شيء، واستحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته إياه. وأما إذا فوته بالهبة أو الصفقة، أو التدبير أو العتق، فإن كان حاضراً فسكت حتى انقضى المجلس، لم يكن له شيء، وإن لم يكن حاضراً فقام حين علم، كان على حقه، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه، كان القول قول الحائز، وإن لم يكن له هو شيء. وأما إذا فوته بالكتابة، فيتخرج ذلك على الاختلاف بالكتابة، هل تحمل محمل البيع، أو محمل العتق؟ وقد مضى القول في كل واحد منهما. وكذلك إذا حاز الكل بالوطء والاتحاد بعلم المحوز عليه من الورثة فهي حيازة وإن لم تطل المدة، فإن حاز شيئاً مما ذكرناه الأكثر، كان الحكم فيه على ما تقدم، ويختلف في الباقي على قولين: أحدهما: أنه يكون تبعاً للأكثر فيستحقه الحائز بحيازته الأكثر، مع يمينه على ما ادعاه من أنه صار به إليه. وهو قول ابن القاسم قرب آخر رسم الكبش من سماع يحيى بعد هذا، إلا أنه لم يذكر اليمين؛ والقول الثاني أنه لا يكون تبعاً له، فيكون للمحوز عليه حقه فيه بعد يمينه على تكذيب صاحبه في دعواه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع سحنون، إذ لما يفرق في ذلك بين القليل والكثير، فكان الشيوخ يحملونه على الخلاف لما في سماعِ يحيى. وإن حاز بشيء مما ذكرنا الأقل، فقيل إنه يستحقه بحيازته إياه، ولا يكون تبعاً لما لم يحز، وهو ظاهر قول ابن القاسم أيضاً في سماع سحنون بعد هذا، وقيل إنه لا يستحقه بحيازته إياه بذلك ويكون تبعاً لما لم يحز، فيأخذ المحوز عليه حقه فيه، إن كان عبداً فأعتق كان له قيمة حظه على الذي أعتقه، وإن بيع كان له حظه من الثمن الذي بيع به، وإن وهب أو تصدق به أخذ حظه منه، إلا أن لا يجده فيكون له قيمة حظه منه على الذي وهب أو تصدق به. وهو قول ابن القاسم قرب آخر رسم الكبش من سماع يحيى بعد هذا. وأما إذا فوت بشيء من ذلك كله النصف أو ما قاربه، فلا اختلاف في أنه لا يكون بعض ذلك تبعاً لبعض، فيستحق الحائز بحيازته ما حاز منه ويكون ما لم يحز منه بينهما على سبيل الميراث. فيتأول ما في سماعِ سحنون على أن الذي حازه الوارث بهذه

المعاني متناصفاً أو متقارباً، فلذلك قال: إنه لا يكون القليل تبعاً للكثير، لا فيما حاز ولا فيما لم يحز، فلا يكون على هذا ما في سماع سحنون مخالفاً لما في سماع يحيى، ولا يكون خلاف في أن القليل تبع للكثير فيما حيز وفيما لم يحز، على ما وقع في سماع يحيى. وهو أول من حمل ذلك على الخلاف على ما كان يحمله عليه الشيوخ، وكذلك القول فيما حازه الوارث على أوراقه بالهدم والبنيان أو الاستغلال العشرة الأعوام، على القول بأن ذلك يكون حيازة بين الأوراث، يختلف هل يكون القليل من ذلك تبعاً للكثير فيما حيز وفيما لم يحز على ما ذكرناه؟ ولا فرق في مدة حيازة الوارث على أوراثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي مال الأجنبي بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول، والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدوابّ والثياب فقد قال أصبغ: إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتهن، وإن السنتين والثلاث حيازة في الدواب إذا كانت تركب، وفي الإِماء إذا كن يستخدمن، وفي العبيد والعروض فوق ذلك، ولا يبلغ في شيء من ذلك كله بين الأجنبيين إلى العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول قال: وما أحدث الحائز الأجنبي فيما عدا الأصول من بيع أو عتق أو تدبير أو كتابة أو صدقة أو إصداق أو وطء في الإِماء بعلم مدعيه أو بغير علمه، فلم ينكر ذلك حين بلغه استحقَّهُ الحائزُ بذلك. هذا كله معنى قول أصبغ دون نصه. واختلف قول ابن القاسم في حيازة الشركاء بالميراث بعضهم على بعض بالهدم والبنيان، فمرة قال: إن العشر سنين في ذلك حيازة، ومرة قال: إنها لا تكون حيازة إلا أن يطول الأمر أزيد من الأربعين سنة، كحيازة الاب على ابنه والابن على أبيه. وقع اختلاف قوله في رسم الكبش من سماع يحيى من هذا الكتاب. وأما حيازة القرابة بعضهم على بعض فيما لا شرك بينهم فيه، فمرة جعله ابن القاسم كالقرابة الأشراك، فرجع عن قوله في أن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان، إلى أنه لا حيازة بينهم في ذلك إلا مع الطول الكثير، وهو نص قوله في الرسم المذكور، من سماع يحيى بعد هذا؛ ومرة رآهم بخلاف القرابة الأشراك، فلم يرجع عن قوله في أن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان، وهو دليل قوله في الرسم المذكور من رواية يحيى.

ثم رجع ابن القاسم فيما يحوزه الوارث على أشراكه بالهدم والبنيان، لأن فيه دليلاً أنه لم يرجع عن قوله فيما سواهم من الموالي والأصهار والقرابة، الذين لا شركة بينهم، فيتحصل على هذا فيهما جميعاً ثلاثة أقوال: أحدها إن العشرة الأعوام مع الهدم

والبنيان حيازة فيهما جميعا، والثاني إنها ليست بحيازة فيهما، إلا مع طول المدة، والثالث الفرق بينهما. وأما حيازة الموالي والأختان والأصهار، فيما لا شركة لهم فيه، فمرةً جعلهم ابن القاسم كالأجنبيين، تكون الحيازة بينهم بالعشرة الأعوام، دون هدم ولا بنيان، وهو قوله في رسم شهد من سماع يحيى بعد هذا من هذا الكتاب، وقوله في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، ومرة جعلهم كالقرابة الذين لا شركة بينهم، فيتحصل فيهم ثلاثة أقوال: أحدها إن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام، وإن لم يكن هدم ولا بنيان، والثاني إنها لا تكون الحيازة بينهم في العشرة الأعوام إلا مع الهدم والبنيان. والثالث إنها لا تكون الحيازة بينهم بالهدم والبنيان، إلا أن يطول الزمان جداً. وأما الأجنبيون الأشراك، فلا حيازة بينهم في العشرة الأعوام. إذا لم يكن هدم ولا بنيان، وتكون في العشرة الأعوام حيازةً مع الهدم والبنيان، ولا يدخل اختلاف قول ابن القاسم في ذلك، الواقع في الرسم المذكور من سماع يحيى، بدليل قوله فيه بين الورثة يحاص، وقد قيل: إنه يدخل اختلاف قول ابن القاسم في ذلك، وهو تأويل عيسى بن دينار في كتاب الجدار وسنزيد هذا المعنى بياناً في رسم الكبش من سماع يحيى إن شاء الله. وأما حيازة الأجنبيين بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه، فالمشهور في المذهب، أن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام، وإن لم يكن هدم ولا بنيان، وفي كتاب الجدار لابن القاسم، إنها لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان، وهو قول ابن القاسم في رواية حسين بن عاصم عنه، ودليل ما في رسم إن خرجت من سماع عيسى بعد هذا، من هذا الكتاب، ويشهد لهذا القول ما وقع في الموطأ من قول ابن عبد الرحمن بن عوف في الأرض التي مكثت في يد أبيه سنين، فما كنت أراها إلاَّ لنا من طول ما مكثت في يديه. ولا اختلاف في أنها تكون حيازة بينهم مع الهدم والبنيان وبالله سبحانه وتعالى التوفيق. بالله لطفك.

ومن كتاب أوله: سلعة سماها

وسئل عن رجل ابتاع جارية فتصدق بها على رجل، ثم إن الذي ابتاعها توفي، واعترفت الجارية حرة، فأخذ الثمن من البائع، لمن تراه؟ الورثة المتصدق، أم للذي تصدق بها عليه؟ قال: بل لورثة الذي تصدق بها، وليس للذي وهبت له من الثمن شيء.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في كتاب الشفعة من المدونة زاد فيها، وكذلك لو اشترى داراً فوهبها لرجل، فأتى رجل، فاستحق نصفها وأخذ النصف الباقي بالشفعة،

لم يكن للموهوب له من نصف الثمن الذي يأخذه المستحق بالشفعة شيء، لأن الواهب إنما وهب له الدار، ولم يهب الثمن، بخلاف إذا اشترى شقصا من دار، فوهبه لرجل وهو يعلم أن لها شفيعاً، لأن الواهب قد علم أن الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك فليس له من الثمن شيء، ولو لم يعلم أن لها شفيعاً لكان الثمن له. وقد اختلف هل هو محمول على العلم أو على غير العلم؟ وفي الشفعة من المدونة دليل على القولين جميعاً. وبالله التوفيق اللهم لطفك.

ومن كتاب الشريكين

قال مالك في الرجل يشتري السلعة فتوجد مسروقة فيقيم الذي اعترفها البينة عليها أنه ما باع ولا وهب في عملهم، ويحلف على ذلك ثم يعطاها، فإن أراد الذي اعترفت في يديه، أن يذهب بها إلى صاحبها الذي اشتراها منه ليأخذ ثمنها، فإن ذلك له، ولكن يضع قيمتها للذي استحقها ثم تُدفع إليه حتى يستخرج حقه، ولا بد له من ذلك، فإن دخَل السلعة تلفٌ من موت. أو نقصان، لحقٍّ أو غيره، ضمنها، وكانت قيمتها للذي اعترفها، فإن تلفت القيمة، فهي من الذي كانت تصير إليه. قال مالك: وإن كانت جارية لم يأمنه عليها، رأيت أن يلتمس قوماً ممن يخرج إلى تلك البلاد، فتدفع إليهم يكونون معها حتى يبلغونها ويستخرج حقه، وإن لم يجد أحداً رأيت أن يستأجر عليها من يؤمن عليها، يخرج بها معه. قال ابن القاسم: وتكون تلك الأجرة على من يطلب بها حقه.

قال محمد بن رشد: قوله: فيقيم الذي اعترفها البينة عليها، أنها ماله وملكه، وأنه ما باع ولا وهب في علمه، يُريد فيقيم الذي اعترفها البينة عليها، أنها ماله وملكه، وأنه ما باع ولا وهب في علمهم. وقوله: ويحلف على ذلك صحيح، لأن ما تشهد البينة فيه على العلم، فاليمين عليه من تمام الشهادة، وسقط في بعض الروايات من هذه المسألة في علمهم، وإذا سقط ذلك كان الظاهر أن البينة شهدت بذلك على القطع. وفي ذلك اختلاف قد مضى القول فيه مستوفى في رسم الأقضية من سماع أشهب، من كتاب الشهادات، فمن أحب الوقوف عليه، والعثور على حقيقة القول فيه، تأمله هناك. وسائر وجوه المسألة كلها بينة صحيحة لا اختلاف فيها، ولا إشكال في شيء من معانيها، وأصلها في المدونة وغيرها. وقد مضى طرف منها في رسم القبلة قبل هذا، وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

ومن كتاب سن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال: وقال مالك في الشهود إذا شهد وافي السرقة تسرق من رجل، قال: يشهدون أنهم ما علموه باع ولا وهب على العلم. قال ابن القاسم: هذا في الاستحقاق ولا يقطع السارق بهذه الشهادة، ولا يقطع حتى يشهد أنهم رأوه يسرق.

قال محمد بن رشد: قوله: يشهدون أنهم ما علموه باع ولا وهب، معناه: أنهم يزيدون ذلك في شهادتهم على معرفة الملك بالبت، إذ لا بد من الشهادة على معرفة الملك بالبت، وأما الزيادة على ذلك بأنهم لا يعلمونه باع ولا وهب فهو من كمال الشهادة. ومما ينبغي للقاضي أن يوقف الشاهد على ذلك ويسأله عنه، فإن أبى أن يزيده في شهادته بطلت، ولم يصح الحكم بها وإن قصر القاضي عن توقيف الشهود على ذلك، وسؤالهم عنه حتى ماتوا أو غابوا حكم بشهادتهم مع يمين الطالب، إذ لا يصح للشاهد أن يشهد بمعرفة الملك، إلا مع أن يغلب على ظنه أنه لم يبع ولا وهب، فهي محمولة على الصحة. وقول ابن القاسم: إن السارق لا يقطع بهذه الشهادة، ولا يقطع إلا بالشهادة على معاينة السرقة بيّنٌ واضح، لا إشكال فيه ولا اختلاف. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مرض وله أم ولد

وقال مالك في رجل وجد جاريته عند رجل قد ابتاعها، وادعى أنها مسروقة، فأقام رجلين عدلين، فشهدا أنها جارية له، ثم هلكت بيد الذي هي بيده، ولم يقض له بها. قال: أراها من الذي قامت له البينة بأنها مسروقة منه، ولا أرى له في ثمنها شيئاً وإن مصيبتها منه. قال ابن القاسم: ويرجع الذي كانت الجارية في يديه على بائعه بالثمن، وذلك إذا كان الذي استحقت في يده منتفياً من وطئها، ومن حمل إن كان بها. وأما إذا كان مقراً بوطئها ولم يدع الاستبراء، فماتت قبل أن تستبرأ فمصيبتها من الذي استحقها في يديه، لأن كل من كان عليه أن يستبرأ منه، فمصيبتها منه حتى يستبرئ.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية وروايته عن مالك في أن الأمة المستحقة إذا ماتت في يد المستبرئ، بعد أن أثبتها المستحق، إن ضمانها منه، ويرجع المستبرئ الذي كانت بيده على بائعها منه بالثمن: هو قول مالك في موطأه، وقول غير ابن القاسم في كتاب الشهادات من المدونة.

وقد مضى في رسم الشجرة تحصيل الاختلاف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق، فلا معنى لإعادة ذلك. وقول ابن القاسم: ويرجع الذي

كانت الجارية في يديه على البائع بالثمن، وذلك إذا كان الذي استحقت في يديه منتفياً من وطئها إلى آخر قوله، مفسر لقول مالك، ويأتي على ما في سماع أشهب من كتاب العيوب في أن ضمان المردودة بالعيب من البائع، وإن كان المبتاع الراد لها بالعيب قد وطئها إذا ماتت قبل أن يتبين بها حمل أن يكون ضمان الجارية المستحقة من المستحق إذا ماتت بعد أن أثبتها على هذه الرواية، أو بعد أن حكم له بها على القول بأنها لا تدخل في ضمانه حتى يحكم له بها. وإن كان المبتاع المستحق منه قد وطئها إذا كان موتها قبل أن يتبين بها حمل. وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الموطوءة هل هي محمولة على الحمل حتى يتبين أنه ليس بها حمل، أو على غير الحمل حتى يتبين أن بها حملاً؟ فذهب ابن القاسم إلى أنها محمولة على الحمل حتى يتبين أنه ليس بها حمل، وهو المشهور، وقد قال مالك في المدونة: جل النساء على الحمل. وذهب أشهب إلى أنها محمولة على غير الحمل، حتى يتبين بها حمل، فهذا وجه القول في هذه المسألة. ولو أقام المستحق البينة عليها بعد موتها، لكانت مصيبتها من الذي كانت في يديه، ويرجع المستحق لها بالثمن على البائع أو بالقيمة إن كانت أكثر من الثمن إن كان غاصباً. قاله ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح نصاً. وذلك ما لا اختلاف فيه، وبالله التوفيق.

من سماع أشهب من مالك من كتاب الأقضية

وسئل عمن وقع له ميراث لابنته في دار، فتزوجت الابنة، ودخل بها زوجها، ثم أراد أبوها بيع الدار، فقيل له: لا نشتري، نخاف أن لا تكون ابنتك راضية، فجاء زوجها فقال: إنها قد وكلتنا، فباعاها جميعا، فأقامت الدار في يد المشتري أربع عشرة سنة، يبني ويهدم، وهي مقيمة معه في البلد، ثم جاءت بعد أربع عشرة سنة فقالت: ما وكلتهما ولا علمت بالبيع، ولقد كانا يقولان لي إذا سألتهما عنها: أكريناها هي بكراء، فقال مالك: مقيمة أربع عشرة سنة بالبلد، يبنون ويهدمون لا تعلم؟ فقيل: كذلك تقول، قال مالك: فلعلها ممن يجوز عليها بيعهما. فقيل له: قد تزوجت ودخل بها زوجها، فقال له: قد يدخل بالمرأة زوجها وهي مولى عليها، ويجوز عليها أمر وليها، بقول الله تبارك وتعالى: ﴿وابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاح فإن آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ فلعلها لم يونس منها رشد. فقيل له: كيف ترى إن كانت ممن لا يجوز عليها أمرهم؟ فقال: تطلب البينةُ عليها أنها وكّلتهم بالبيع، وإلاَّ حلفت بالله ما علمت بذلك ورد البيع.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: فلعلها ممن يجوز عليها بيعهُمَا معناه: فلعَلها ممن يجوز عليها أمر أبيها، فينفذ عليها بيعهما معاً. وقوله في آخر المسألة: تطلب البينة عليها أنها وكلتهم على البيع، يريد أو على أنها علمت به فسكتت عليه ولم تنكره، فإن قامت عليها البينة أنها وكلتهما على البيع، نفذ عليها، قالت بالقرب أو بالبعد، وأما إن لم تقم عليها البينة، إلا أنها علمت بالبيع فسكتت عليه ولم تنكره، ففي ذلك تفصيل، أما إذا كانت مشاهدة للبيع، فأنكرته قبل انقضاء المجلس، حلفت ولم يلزمها، وإن لم تنكره حتى انقضى المجلس، لزمها وكان لها الثمن، وإن لم تنكره حتى طال الأمر بعد انقضاء المجلس العام فما زاد، فادّعى الأبُ أن الدار مالُه وملكُه، قد كانت خلصت له بوجه كذا مما يذكره، حلف على ذلك، وكان له الثمن، وأما إن لم تشاهد البيع، وإنما علمت به بعد يمينها أنها لم ترضَ به، وإن قامت بعد العام ونحوه لزمها البيع، وكان لها الثمن، وإن قامت بعد مدة تكون فيها الحيازة عاملة، فادعاء الأب أن الدار قد كانت خلصت له بوجه، كان فيما يذكره، حلف على ذلك، وكان له الثمن. وقد مضى هذا المعنى في أول رسم من سماع يحيى من كتاب الأقضية. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل فقيل له: ابتعتُ داراً فبنيتها وعمرتها، ثم جاء رجل من الأندلس فاستحقها، فقال مالك: لك عليه ما عمرت من عمل الناس، فأما بنيان الأمراء، فلا أدري ما هو. قلت: أرأيت ما حسنته من عمل الناس؟ فقال: ذلك لك، قيل أرأيت ما هدم، أيكون عليه غرمه؟ فقال: يقيم البينة خرِباً حتى يقدم هذا من الأندلس يحدث الرجل البير ويغرس الشجر، ويقطع النخل، ما أرى عليه شيئاً إذا كان ما يعمل الناس، قيل له: أفيكون للباني على القائم قيمة البنيان أم نفقته؟ فقال: لا بل نفقته.

قال محمد بن رشد: قوله: إن للمشتري على المستحق ما عمر من عمل الناس صحيح لا إشكال فيه، لأنه عمل ما يجوز له، فوجب أن يرجع بذلك على المستحق فيما يجب له به الرجوع عليه فيما عمره وبناه تفصيل واختلاف. أما إذا كان ذلك بحدثانه قبل بلاه، ففي ذلك قولان: أحدهما إن له النفقة، وهو قوله في هذه الرواية، والثاني إن له قيمة النفقة. والقولان في المدونة على اختلاف الرواية فيها. وقد قيل: إن ذلك ليس باختلاف من القول، والمعنى في ذلك إن له النفقة إن كان لم يُغبَن فيها، وقيمتها إن كان غبن فيها، فيرجع ذلك إلى أنه يكون عليه الأقل من النفقة، أو من قيمتها، وأما إن كان ذلك بعد أن طال الأمر وبلى البنيان فلا يكون له على المستحق إلا

قيمة بنائه قائماً على حالته التي هو عليها قبل البلا قولاً واحداً. وهو قول مالك في رسم مسائل وبيوع من سماع أشهب، من كتاب الشفعة. ووجه العمل في ذلك أن يقال. كم قيمة الدار اليوم على ما هي عليه من هذا البنيان القديم؟ وكم كانت تكون قيمتها اليوم، لو كان هذا البنيان الذي فيها جديداً؟ فينقص ما بين القيمتين من النفقة التي أنفق أو من قيمتها على الاختلاف الذي ذكرناه في ذلك، فما بقي كان هو الذي يجب به الرجوع للمشتري على المستحق، فإن أبى أعطاه المشتري قيمة النفقة، فإن أبى كانا شريكين، وقد قيل: إنه إن أبى المستحق أن يعطيه قيمة البناء، كانا شريكين، ولم يكن للمشتري أن يعطي ربّ الدار قيمة النفقة، ويخرجه عنها. والقولان في آخر كتاب الغصب من المدونة ولم ير عليه غرم ما هدم من البناء، ولا ما قطع من النخل، إذا كان لما فعل من ذلك وجه، ولم يكن عبثاً، هذا مذهبه في هذه الرواية، بدليل قوله: ما أرى عليه شيئاً إذا كان ما يعمل الناس، وقوله يقيم البيت خرباً حتى يقدم هذا من الأندلس، معناه: أنه لما كان له هدمه ليصلحه، ولم يكن عليه أن يُبقيه، لم يكن عليه في هدمه ضمان، وضُعف أن يكون له رجوع فيما بنى من بنيان الأمراء بقوله: لا أدري ما هو. فقوله صحيح، لأنه أتلف ماله لَمَّا أَنفقه فيما لا يسوغ له من السرف المنهي عنه. وبالله التوفيق.

من سماع عيسى من كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى: وسألته عن الرجل الحر يتزوج الأمة، ويشترط أن ولده منها حر، فتلد أولاداً ثم يستحقها رجل. قال: إن أولادها رقيقاً قلت: أفيكون لأبيهم أن يفتديهم بالقيمة؟ قال: لا إلا أن يشاء السيد. قلت: فإن أراد ذلك السيد، وأبى الأب، أيكون ذلك للسيد؟ قال: لا.

قال الإمام القاضي: قوله: إن الولد رقيق صحيح، لقول النبي عليه السلام " كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا " ولم ير لأبيهم أن يفتديهم بقيمتهم من سيد الأمة المستحق لها، إذ لم يغره منها، وهو المخطىء على نفسه فيها، ولو لم يستحق الأمة، لكان الولد أحراراً بالشرط، ويفسخ النكاح على كل حال.

وقد مضى القول على هذا في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، وفي رسم الجواب من سماع عيسى منه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله عبد استأذن سيده

وسألت ابن القاسم عن رجل ابتاع عبداً فادَّعاهُ رجل في يديه، فاستحقه وأخرجه من يديه، فزعم المبتاع أنه من تلاد البائع، هل يرجع على بائعه بالثمن هو يشهد أنه من تلاده؟ والبائع يقول: لم ترجع علي بالثمن، وأنت تعلم أني إنما بعتك عبدي وتلادي وإنما هذا رجل استحقه ظلماً أو ابتاع ثوباً من رجل فاستحقه رجل في يديه، فشهد المبتاع مما حاك البائع، أو ابتاع منه داراً فاستحقت في يديه، فشهد المبتاع أنها دار البائع، ودار أبيه وجده. من قبله حطهم، هل يرجع على صاحبه بالثمن في هذا كله؟ وصاحبه يقول: أنت تعلم إنما بعتك مالي، وإنما هذا ظالم، أخرج هذا الحقّ من يديك قال: لا أرى أن يرجع عليه في جميع هذه الأموال بشيء، إذا كان يعلم أنها أُخرجت من يديه بظلم، وإن الحقّ حقّ البائع.

قال محمد بن رشد: لأشهب في المجموعة: إن له أن يرجع على البائع، وإن علم صحة الظلم الذي قام به المستحق، ولا يضره ذلك، لأن البينة قد شهدت أن البائع باع ما ليس له، وذلك مثل قوله، وقول ابن وهب، في سماع عبد المالك، من كتاب الكفالة والحوالة، على ما كان يذهب إليه الشيوخ في ذلك. والذي أقول به: إن مسألة سماع عبد المالك لابن وهب وأشهب لا تعارض هذه المسألة، لأنها مسألة أُخرى خارجة عن هذا الاختلاف، على ما سنبيّنُه إن شاء الله. ومثله لسحنون في نوازله من كتاب جامع البيوع، ولعيسى بن دينار في نوازله من كتاب الدعوى والصلح، في بعض الروايات. وقد قال بعض أهل النظر: إنما لابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب الكفالة والحوالة في الحميل يدفع ما تحمل به بحضرة الغريم، فيجحد ويغرمه ثانية إنه يرجع على الغريم بما أدى أولاً وثانية، هو على قياس قول أشهب في هذه المسألة، وليس ذلك بصحيح، لأنه إنما أرجعه على الغريم بالعشرة الأولى والثانية، لما دفع كل واحدة منهما بحضرته، من أجل أنه رأى الإشهاد يتعين عليه، من أجل أن الدفع كان عنه بحضرته، خلاف ما في سماع عيسى في الكتاب المذكور، من أن الإشهاد في ذلك، إنما يتعين على الكفيل الدافع، وإن كان الدفع بحضرة الغريم الذي عليه الدين، فليست هذه المسألة من مسألتنا بشيء، ولكلي القولين في مسألتنا وجه من النظر، فوجه هذه الرواية، أن المشتري لا يصح له أن يرجع على البائع بما يعلم أنه لا يجب عليه، ووجه القول الثاني أن البائع أدخل المشتري في ذلك، فعليه أن يبطل شهادة من شهد عليه بباطل، حتى لا تؤخذ السلعة من يد المشتري، ويتهم إذا لم يفعل ذلك أنه قصر في

الدفع، إذا علم أن المشتري لا يتبعه، فأراد أن يكلفه من الدفع في البينة مما هو ألزم له منه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب القرية

وسئل عن العبد يبني في أرض سيده بُنياناً فسمى ذلك البنيان باسم العبد، وبه يعرفه الناس، بنيان فلان، ثم يعتقه سيده عند الموت، فيقول العبد: هذه الدار لي، وإنما يعرفها الناس لي، ويقول ورثة الميت: بل هي لنا. قال ابن القاسم: أما الأرض فهي لورثة الميت، وليس للعبد فيها كلام، وأما النقض، فهو للعبد، مالاً من ماله يتبعه.

محمد بن أحمد هذا كما قال: إن النقض للعبد، إذا كانت له بينة أنه هو ولي بنيانه، أو أقر له الورثة بذلك، وادعوا أنه إنما بناه بمال سيده موروثهم، غير أنه إن أقروا له بولاية البنيان، وادعوا أنه إنما بناه بمال سيده، حلف أنه إنما أنفق فيه ماله لا مال سيده، ويأخذ نقضه، إلا أن يشاء ورثة السيد أن يأخذوه بقيمته منقوضاً، وسواء على مذهب ابن القاسم، أنكر الورثة أن يكون ولي البنيان فأقام البينة على ذلك، أو أقروا بذلك، وادعوا أنه إنما بناه بمال سيده موروثهم، إلا في إيجاب اليمين عليه، إذا أقروا له بولاية البنيان ويأتي على قياس قول ابن وهب في سماع زونان من كتاب الدعوى والصلح، في الرجل يبني في أرض امرأته أنهم إن أقروا له بولاية البنيان، وادَّعوا أنه إنما بناه بمال امرأته، حلف واستحق نفقته، وإن لم يقروا له بولاية البنيان، فأقام البنية على ذلك، استحق نقضه، لا النفقة التي أنفق، إذ لا فرق بين المسألتين، لأن العبد قد استحق ماله بحريته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب يوصي لمكاتبه بوضع نجم من نجومه

قلت لابن القاسم: إذا استحق عبد من الرقيق، أو عبْدان أو شيء من الرقيق يسيراً في عددهم أيلزم البيع إذا كان الاستحقاق من عبيد بأعيانهم؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إن كان الاستحقاق اليسير بينهما، استحقه الرجل في جميع الرقيق، فقد منع من الوطء والسفر، إن كان فيها جارية، قال: سواء استحق في جميعها سهماً أو عبيداً بأعيانهم، إن كان يسيراً لزمه البيع، وقيل له: قاسِمْ شريكك انظر أبداً كل شيء يستحق، وهو يقسم، رقيقاً كان أو غير ذلك، فإذا كان الذي استحق منه يسير ألزمه البيع، وإن كان مالاً ينقسم في الرقيق والحيوان رده إن شاء، كان الذي استحق منه قليلاً أو كثيراً. قيل: أرأيت لو كان في غير الحيوان الذي لا ينقسم، مثل الشجرة يشتريها

الرجل، أو الثوب أهو كذلك؟ قال: نعم وهو قول مالك وتفسير قوله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة بَيَّن فيها أن استحقاق اليسير من الأجزاء فيما ينقسم، كاستحقاق اليسير من العدد، لا يكون للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق، بخلاف استحقاق اليسير من الأجزاء فيما لا ينقسم، هذا يكون للمشتري ردّ الجميع لضرر الشركة فهي تفسر سائر الروايات. واليسير النصف فأقل، والكثير الجل، وهو ما زاد على النصف. وهذا في العُروض عند ابن القاسم، بخلاف الطعام، وما كان في معناه من المكيل والموزون، فإنه يرى فيه استحقاق الثلث، فما زاد كثيراً، وساوى بين ذلك أشهب، إلا أنه يقول في مثل العبيد إذا تساوت أثمانهم، أو تقاربت أنه لم يشتر أحدهم لصاحبه، فيلزمه من بقي منهم بما ينوبه من الثمن، خلاف مذهب ابن القاسم، إذ لا فرق عنده إذا استحق الجل من العدد، بيْن أن تستوي قيمتهم أو تختلف. وبالله التوفيق.

ومن كتاب لم يدرك من صلاة الإِمام إلا الجلوس

وسئل عن الرجل والمرأة، صغيرين أو كبيرين، يُقران بالمملكة فَيُباعَان فتوطأ المرأة فتلد، وقد مات بائعها أو فلس، أيكون ديناً على الكبيرين؟ قال ابن القاسم: أرى ذلك ديناً على الكبيرين، وأما الصغيران فلا أرى ذلك عليهما.

قال محمد بن رشد: على هذه الرواية، التزم الموثقون أن يكتبوا في عقد الرقيق، إذا كان العبد أو الأمة قد بلغا إقرارهما بالرقِّ لبائعهما، ليكون للمشتري اتباعهما بأثمانهما إن استحقا بحرية، وثبت عليهما العلم بذلك، والبائع ميت أو عديم، وهو ضعيف، لأن السكوت عند ابن القاسم في هذه المسألة كالإِقرار، يجب به للمشتري الرجوع، وذلك منصوص له في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الجهاد.

وقد مضى القول على هذه المسألة هناك مستوفى وذكرنا الاختلاف في وجوب الغرم عليها، وأنه جار على مجرد الغرور بالقول هل يلزم به غرم أم لا؟ وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

وسئل عن الذي يكون بيده المسكن أو الأرض، فيقيم رجل عليه بينة أنه مسكنه أو أرضه، أو يقر له بذلك الذي هو بيده، ويدعي الذي هو بيده أنه باعه منه أو تصدق به عليه، أو وهبه أو ما أشبه ذلك، ولا يأتي ببينة على شيء من دعواه. قال ابن القاسم: القول قول الذي هو بيده، إذا كان قد حازه الزمان الذي يعلم في مثله أن قد هلكت

البينة على البيع، مع يمينه، وأما الصدقة والهبة والنزول، فإني أرى أن يحلف صاحب المنزل بالله الذي لا إله إلاَّ هو ما وهب ولا تصدق، ولا أنزل، ولا كان ذلك منه إلا على وجه التماس الرفق به، فيرد إليه بعد أن يدفع إليه قيمة ما أحدث فيه نقضاً إن أحب، وإن أبى أسلم إليه نقضه مقلوعاً قال: وإن كان الذي الأرض أو المسكن في يديه ورثها عن أب هالك أو غيره، فالقول قوله مع يمينه، إلا أن يكون مدعيها غائباً طَرأ، فيقيم البينة أنها له أو لِجدِّه، فيسأل الذي هي في يديه، البينة، على اشتراء أو سماع، فيكون أولى به، وإن لم يأت بشيء من ذلك، قضى به للقادم، إذا أقام البينة أنها لأبيه أو لجده.

قال محمد بن رشد: دليل هذه الرواية، أنه لا حيازة بين الأجنبيين في العشرة الأعوام، إذا لم يكن هدم ولا بنيان، إذ لم يجعل القولُ قول الحائز فيما حازه إذا ادعى ابتياعه من الذي حازه عليه، إلا أن تطول المدة، إلى ما تهلك فيه البينات.

وتفرقته في هذا بين البيع والهبة والصدقة والنزول، خلاف قوله في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب القسمة، فإنه ساوى بين البيع والهبة والصدقة، في أن القول قول الحائز فيما ادعاهُ من ذلك كله، إذا طالت مدةُ حيازته إياه، في وجه صاحبه إلى ما تهلك فيه البينات. وقوله: وإن كان الذي الأرض أو المسكن في يديه، ورثها عن أب هالك أو غيره، فالقول قوله مع يمينه يريد فيما ادعاه من أنه صار به إلى أبيه، من بيع أو هبة أو صدقة، وكذلك لو قال: لا أعلم بما تصير إلى أبي، إلا أنّي ورثته عنه وحزته عليك هذه المدة. لكان القول قوله مع يمينه أنه ماله وملكه ورثه عن أبيه لا يعلم بأي وجه تصير إليه على ظاهر هذه الرواية، وهو قول ابن الماجشون، خلاف قول مطرف وأصبغ، وأما إذا كان المدعي غائباً طَرَأ، فأقام البينة، فلا ينتفع المقام عليه، بمجرد حيازته، دون أن يقيم البينة على الشراء بالقطع أو السماع. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الإخوة يرثون المنزل، فيقوم رجل منهم فيعمل في ذلك المنزل أو الأرض بيتاً قبل أن يقتسم أو يغرس، ثم يقسم، كيف الأمر فيها؟ قال: يقسم، فإن صار ذلك للذي بناه كان له، وإن صار لغيره، خُير الذي صار له ذلك، فإن أحب أعطاهُ قيمته منقوضاً، وإن أحب أسلمه إليه فقلعه.

قلت فإن استغل من ذلك شيئاً قبل القسم، قال: إن كانوا حضرُوا فلا شيء لهم، لأنهم بمنزلة لو أذنوا له، وإن كانوا غيبا فلهم من ذلك بقدر كراء الأرض البيضاء، يكون

عليه لهم ما ينوبهم، صارت له أو لغيره إذا كانوا غيباً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفىً في أول سماع ابن القاسم، فلا معنى لإِعادته. وبالله التوفيق، لا ربّ سواه: ومن كتاب أوله أسلم وله بنون صغار.

وسئل عن عبد باع أرضاً لسيده، أو أعارها رجلاً، فبنى فيها أو غرس، ثم ظهر السيد على ذلك، فأخذ الأرض، هل ترى على السيد قيمة فيما بنى أو غرس أو الثمن الذي باعها به العبد إن كان باعها منه؟ قال: ليس على السيد قيمة فيما بنى أو غرس، إلا أن يريد أن يمسك البناء أو الغرس، فيعطي الباني أو الغارس قيمة ذلك مقلوعاً، ولا يكون للباني أو الغارس إن باينا عليه، إذا أعطاهما قيمة ذلك مقلوعاً، لأن قلعه من الفساد، فلا يترك الفساد، ويكون الثمن الذي اشترى به الأرض، له على العبد يتبعه في ذمته، إن كان له يوماً ما مال هو في ذمة العبد لا يعدو ذلك ذمته إلى رقبته.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه إنما تكلم فيها على أن العبد تعدَّى على أرض سيده دون إذنه ولا علمه، فأعارها رجلاً بنى فيها أو غرس، أو باعها منه، فبنى فيها أو غرس، وهو عالم بعداء العبد في ذلك على سيده، فلذلك حكم له بحكم الغاصب. فقال: إن لرب الدار سيد العبد أن يأخذ أرضه، ولا يكون عليه فيما بنى أو غرس شيء، إلا أن يحب أن يأخذ البناء والغرس بقيمته منقوضا، ويرجع المشتري على العبد في الشراء بالثمن الذي دفعه إليه، فيتبعه به في ذمته، ولا يعدُو ذلك ذمته إلى رقبته، ويكون للسيد أن يسقط ذلك من ذمته، وقد قيل: إن ذلك يكون في رقبته، وهو بعيد. ولو كان مأذوناً له في التجارة لم يكن له أن يُسْقط ذلك عن ذمته، ولو لم يعلم المشتري أو المعار، بتعدي العبد على سيده، وظن أنه ماله، وأنه مأذون له في التجارة، لو أن سيده أمره أن يبيع له أرضه أو يعيرها، لوجب أن يكون ذلك شبهة للباني والغارس، فلا يكون للسيد أن يأخذ الأرض في العارية قبل انقضاء أجلها، إلا بقيمة ما فيها من الغرس والبناء قائماً، بعد يمين المُعار، أنه لم يعلم بِتعدِّي العبد، ولا من المشتري، إلا بعد أن يدفع إليه قيمة بنيانه وغرسه قائماً، على حكم من استحق أرضاً من يد مبتاع، وقد بنى أو غرس بعد يمين المشتري أيضاً، أنه لم يعلم بتعدي العبد في ذلك على سيده، فإن نكل عن اليمين حلف السيد إن كان حقق عليه الدعوى، وترك النقض للباني ينقضه، إلا أن يحب أن يأخذهُ بقيمته منقوضاً. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الثمرة

وسألته عن الرجل يشتري الدابة بثوبين مستويين، قيمتهما واحدة، فيستحق أحدهما، والدابة قائمة لم تتغير ولم تفت، بماذا يرجع؟ وبنصف قيمة الدابة؟ أم يكون شريكاً معه في الدابة بنصفها؟ قال ابن القاسم: لا يكون شريكاً معه فيها، وإنما عليه نصف قيمة الدابة فاتت أو لم تفت.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: إن البيع لا ينفسخ باستحقاق أحد الثوبين المستويين، هو مثل قوله وقول غيره في العيوب من المدونة في العبدين المتكافيين، إنه لم يشتر أحدهما لصاحبه، وقد قيل: إن البيع ينفسخ باستحقاق أحدهما، وهو قوله في آخر من المدونة في بعض الروايات، في الذي أسلم ثوبين في فرس، فيأتي على هذا أن استحقاق النصف من العُروض كثير كالطعام، ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها المساواة بين العروض والطعام، في أن استحقاق النصف منهما كثير. والثاني المساواة بينهما في أن النصف يسير، وهو مذهب أشهب، واختيار سحنون، والثالث الفرق بين الطعام والعروض، في أن النصف والثلث من الطعام كثير، ومن العروض يسير، وهو المشهور المعلوم من مذهب ابن القاسم. وأما قول ابن القاسم: إنه لا يكون شريكاً معه فيها، وإنما عليه نصف قيمة الدابة فاتت أو لم تفت، يريد يوم الحكم، وإلى هذا ذهب أبو إسحاق التونسي. وقيل: إنه القياس، فمعناه إذا كانت الدابة قائمة لم تفت، إن ذلك من حقّ المشتري للدابة من أجل الضرر الداخل عليه، في مشاركة البائع له فيها. وأما إن أبى من ذلك، فليس للبائع إلا أن يشاركه فيها، وقد قيل: إن ذلك ليس له، وهو مخير إذا شاركه البائع فيها، بين أن يمسك باقيها أو يرده، فينفسخ البيع، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى من كتاب الشفعة. وقد قيل إن البائع يشاركه في الدابة، شاء أو أبى، ولا خيار له في رَدِّ ما فِيهَا وردّ البيع، وهو قول أشهب، فهي أربعة أقوال ترجع في التحصيل إلى قولين: أحدهما أنَّ من حقّ المشتري للدابة ألا يشاركه البائع فيها، وإن كانت قائمة لم تفت للضرر الداخل عليه بالشركة. والثاني أن ذلك ليس من حقه، وللبائع أن يشاركه فيها شاء أو أبى. واختلف على القول بأن ذلك من حقه، هل تكون عليه القيمة يوم البيع أو يوم الحكم؟ واختلف بأن ذلك من حقه، هل يكون له ردّ الباقي إذا شاركه البائع أم لا؟ والقياس قول أشهب إن للبائع أن يشاركه فيها، وأنه ليس له أن يرد باقيها، لأن استحقاق بعضها عليه، ليس من سبب البائع، وإنما هو من سببه، بخلاف من اشترى دابة، فاستحق عليه بعضها، إن له ردها

على البائع، قولاً واحداً، لأن الاستحقاق من سببه. ووجه رواية يحيى أن رجوع البائع عليه ببعض الدابة التي اشترى منه، استحقاق منه لبعضها، فوجب أن يكون له ردّ بقيتها، كما لو استحقها غيره. والقول الأول أصح، لأنه إذا استحقها غيره، فللبائع في ذلك سبب، لأنه أدْخله فيها، وباع منه ما ليس له، ماذا استحقها البائع، فلا سبب له في ذلك، بل السبب في ذلك المبتاع، فوجب ألا يكون له عليه رجوع. والقول بأنه يرد باقيها عليه وإن لم يكن له سبب في استحقاق ما استحق منها، هو على قياس قوله في كتاب كراء الدور من المدونة في الذي يكتري الحمامين، والحانوتين، فينهدم أحدهما إن له أن يرد الباقي إذا كان الذي انهدم هو وجه ما اكترى، والأظهر أنه ليس له أن يرد الباقي، قياساً على ما أجمعوا عليه، في الذي يشتري الثمرة فتذهب الجائحة بجلها، إنما ليس له أن يرد الباقي منها، وقول ابن القاسم: إنه لا يكون شريكاً معه في الدابة بقدر ما استحق منها، ويكون عليه قيمة ذلك، هو استحسان على غير قياس، وإن كان المشهور من قول ابن القاسم، والأظهر على طرد هذا القول، أن تكون القيمة في ذلك يوم الحكم، لا يوم البيع، وظاهر ما في من المدونة إنه إنما يكون عليه قيمة الثوب المستحق، إذا كان يسيرا، لا قيمة ما ينوبه من قيمة الدابة، وهو بعيد، فهو قول خامس في المسألة ووجود العيب بأحد الثوبين فيما يجب لمشتريهما بالدابة من الرجوع فيها، أو في قيمتها، إن أراد رده بالعيب، كالاستحقاق سواء، فإن كان أحدهما أرفع من الآخر، مثل أن تكون قيمة أحدهما عشرة، وقيمة الثاني عشرين، فاشتراها بدابة، ثم وجد بأحدهما عيباً، فلا يخلو من أن يجد العيب بالأرفع منهما، أو بالأدنى، والعبد قائم أو فائت، فإن وجده بالأدنى منهما والعبد قائم لم يفت، فسواء كان القائم قائماً أو فائتاً، وفي ذلك من الاختلاف ما قد ذكرته في استحقاق أحد الثوبين، وذلك قولان: أحدهما أن من حقّ المشتري للدابة بالثوبين ألا يرجع في عين الدابة، للضرر الداخل عليه بالشركة، ويختلف على هذا القول هل يكون عليه ما ناب المردود بالعيب من قيمة الدابة، وهو الثلث على ما نزلناه من أن قيمة الأدنى عشرة، وقيمة الأرفع عشرون يوم البيع أو يوم الحكم؟ والثاني أن من حقّ المشتري للثوبين بالدابة أن يرجع بما ناب المردود بالبيع بالعيب في عين الدابة، ويختلف على هذا القول هل يكون من حقه ردّ الباقي من الدابة، وينفسخ البيع إذا شاركه البائع فيها، أم لا؟ وإن وجده بالأرفع منهما، والعبد أيضاً قائم لم يفت بوجه من وجوه الفوت، وكان الأدنى قد تلف أو فات بالعيوب المفسدة، ردّ قيمته مع العبد الأرفع الذي وجد له العيب، وأخذ دابته، وإن كان الأدنى

قائماً لم يفت، أو فات بحوالة سوق، أو نقص، ردهما جميعاً وأخذ عبده، وإن وجد العيب بأحد الثوبين والدابة قد فاتت بحوالة سوق فما فوقه، فوجد العيب بأدناهما، فإنه يرجع بما ينوبه من قيمة العبد، كان الأرفع قائماً أو قد تلف. واختلف إن وجد العيب بالأرفع منهما وقد فات الأدنى بالموت أو العيوب المفسدة، فقيل: إنه يرد الذي وجد به العيب، وقيمة الأدنى ويأخذ قيمة عبده. وقيل: إنه يرجع بما ينوبه من الثمن في قيمة العبد، وأما إن كان الأدنى قائماً أو لم يفت إلا بحوالة سوق، أو نقص يسير، فإنه يرده مع المعيب، ويأخذ قيمة عبده. وأما إذا وجد العيب مشتري الدابة بالدابة، فلا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون الثوبان قائمين، لم يفوتا بوجه من وجوه الفوْت، فيرد الدابة ويأخذ ثوبيه، وأما إن كانا قد فاتا أو فات الأرفع منهما بحوالة سوق فما فوقه، فليس له إذا ردّ الدابة إلا قيمة ثوبيه، وأما إن كان الأدنى منهما هو الذي فات، فيرد العبد ويأخذ الثوب الأرفع وقيمة الثوب الأدنى الذي فات.

فهذا تحصيل القول في هذه المسألة. وبالله التوفيق.

ومن كتاب حمل صبيا

وقال في رجل يدعي العبد أو الدابة قبل الرجل، ويزعم أنه استودعها إياه، وينكر أن يكون يعرف شيئاً مما طلب، فيخاصمه فيموت العبد أو الدابة قبل أن يستحقها صاحبها ثم يستحقها. قال: الجاحد غارم لقيمتها، لأنه حين جحدها صار ضامناً، قال: وكذلك الدار يجحدها ثم يستحقها صاحبها، وقد انهدمت أو غرقت أو احترقت بعد الجحود، إن الجاحد ضامن لقيمتها يوم جحدها، وليس يوم يقضي عليه، إذا ثبت ذلك عليه بوديعة أو غصب الغصب يوم غصبه والوديعة يوم جحدها.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قال: إنه إذا ادعا عليه الغصب أو الإيداع فأنكر ذلك، ثم ماتت الأمة فأقام المدعي البينة بعد موتها بما ادعاه من الغصب أو الإيداع أو أقر بذلك على نفسه، إنه ضامن. ولو تداعيا فيها ولم يدَّع أحدهما على صاحبه فيها غصبا ولا إيداعاً فماتت، ثم أثبت أنها له، ولم يثبت غصباً ولا إيداعاً، لم يلزمه ضمانها باتفاق. ولو ادعى عليه الغصب أو الإيداع، فأنكره ثم ماتت، فأقام البينة بعد موتها، إنها له، ولم يقم البينة على ما ادعاه من الغصب أو الإيداع، يتخرج ذلك على قولين. فقف على افتراق هذه الوجوه الثلاثة. وقد مضى بيان ذلك في نوازل سحنون من كتاب الرهون وبالله التوفيق لا ربّ سواه اللهم لطفك.

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

وعن الرجل يعمر في أرض أبيه أو مولاه، حتى يهلك أو الختن يعمره في أرض خَتَنِه، ولا يأتي ببينة على هبة ولا عطية. قال ابن القاسم: أما الولد فلا شيء له، إلا أن يأتي ببينة على عطية أو صدقة أو هبة وأما المولى والختن فإنهما مثل الأجنبيين إذا عمروا أو غرسوا بمحضر صاحب الأرض، ولا يغير عليهم، ولا يشهد بعارية ولا بغير ذلك، فإن ذلك لهم إذا عمروا زماناً طويلاً، وذلك نحو من عشر سنين أو تسع أو ثمان إذا بنوا بنياناً معروفاً بعلم صاحب الأرض.

قال محمد بن رشد: رواية عيسى هذه، في أن المولى والختن في الحيازة، بمنزلة الأجنبيين، خلاف رواية يحيى عنه في أول رسم من سماعه من هذا الكتاب، في أنهما بمنزلة القرابات، ومثله في آخر مسألة من هذا الكتاب في المولى.

وقد مضى تفصيل القول في الحيازات بين الأجنبيين والموالي والأصهار والأشراك والقرابات، في رسم سلف من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته.

ودليل هذه الرواية أنه فرق فيها في مدة الحيازة بين الأجنبيين، بين أن تكون بعمارة دون هدم ولا بنيان، وبين أن يكون بهدم أو بنيان، فلم ير ما دون العشر سنين، بالعام والعامين حيازة، إلا مع الهدم والبنيان. وفي الواضحة لابن القاسم خلاف هذا، إن الثمار سنين حيازة، وإن لم يكن هدم ولا بنيان. وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في القول بدليل الخطاب، فمن قال به لم ير مجرد الحيازة عاملة فيما دون العشرة الأعوام، لأن في نص النبي عليه السلام على العشرة الأعوام دليلاً على أن ما دونها بخلافها. وهو دليل هذه الرواية عن ابن القاسم، ورواية يحيى عنه في أول رسم من سماعه بعد هذا. ومن لم يقل به، حكم لما قرب من العشرة الأعوام، بحكم العشرة الأعوام، لأن المعنى الموجود في العشرة الأعوام وهو المشاحة، موجود فيها قرب منها، وهو قول ابن القاسم، فيما حكى ابن حبيب عنه. وأما ما نص عليه في هذه الرواية من أن الحيازة بين الأجنبيين فيما دون العشرة الأعوام، بالعام والعامين، عاملة مع الهدم والبنيان، فهو صحيح لا ينبغي أن يقع فيه اختلاف، لأن المشاحة فيما قرب من العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان أكثر منها في العشرة الأعوام، دون هدم ولا بنيان. ولا تعلُّق لمن ذهب للخلاف في ذلك، بدليل الخطاب في الحديث، إذ لم يأت إلا في مجرد الحيازة، وما لا تكون فيه الحيازة عاملة إلا مع الهدم والبنيان، فلا يكتفي فيها بما دون العشرة والأعوام قولاً واحداً وإنما يختلف في العشرة الأعوام، على ما يأتي في

أول رسم من سماع يحيى بعد هذا والله الموفق.

مسألة:

وعن الرجل يحوز على أبيه في حياته الحيوان الرأس، أو الدابة حتى يموت أبوه، وذلك الحيوان في يد ابنه، فيموت الأب، فيقول الورثة هذا الرأس لأبينا وهذه الدابة له، ولا بينة له على صدقة ولا عطية بينة، هل ينتفع بطول تقادمه في يديه، والأصل معروف؟ قال ابن القاسم: لا ينتفع بطول تقادمه في يديه، إلا أن يأتي على ذلك بينة.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم، مثل ما تقدم من قول مالك في رسم يسلف من سماع ابن القاسم، في أن الابن لا ينتفع بحيازة الأرض على أبيه بالازدراع والاعتمار إذا ادعاها ملكاً لنفسه دون بينة.

وقد مضى القول على ذلك هنالك مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله يدير ماله

وسئل عن الرجل يشتري العبد فيكاتبه، ويأخذ كتابته، ثم يستحق حرا، أَله أن يرجع بما أخذ منه من كتابته؟ قال: لا إنما ذلك بمنزلة الخراج يخارجه عليه، والإجارة يأخذها له، والخدمة يستخدمها إياه، والعمل يستعمله فيه، فليس للعبد وإن استحق بعد ذلك حراً أن يرجع عليه بما أخذ منه من إجارته وخراجه، ولا بما خدمه وعمل له، وكذلك الكتابة، قال ابن القاسم: ولكن لو كان انتزع منه مالاً كان له، لكان له أن يرجع عليه بالذي انتزع منه، فيأخذه، كان ذلك المال مما اشتراه له معه أو أفاده عنده من فضل خراجه أو عمله، أو ما تصدق به عليه، أو وهب له، فانتزعه منه فذلك سواء، يرجع به عليه، وذلك أن رقبته لم تزل حرة، لم يدخلها ملك، فماله الذي كان ملكه وحازه، ليس لأحد انتزاعه، بمنزلة حرية رقبته، ليس لأحد أخذه بغير حق، وكذلك لو كان جرح فأخذ له السيد عقلاً، ثم استحق حراً فإنه يرجع على السيد بما كان أخذ من عقل جراحه، لأنه لم يكن ضامناً له لو مات عنده لرجع على بائعه بالثمن،إذا علم أنه حر، فإن قال قائل: فما بال الخراج والعمل والخدمة لا تكون بمنزلة الانتزاع يرجع به أيضاً لأنه كان في جميع ذلك لا يضمنه، وكان يرجع بالثمن إن هلك عنده إذا علم بحريته؟ فليس كما قال فرق بين ذلك، أن كل من اشترى عبداً فإنما يشتريه للغلة والمخارجة والخدمة والعمل، ولذلك يتخذ الناس العبيد، لأخذ أموالهم، لا ليعرِّضُوهم الجنايات، ليأخذوا لها عقلاً، وجل العبيد الذين يباعون ويشترون، ويملكون، ليست لهم أموال، وإنما يكون ذلك من الخاص من العبيد. فهذا فرق ما بينهما عندي والله

أعلم. ولكن لو كان مشتريه وهب له مالاً أو جارية أو شيئاً ثم استحق حراً، كان للسيد أن يأخذ ذلك كله، لأنه يقول: إنما أعطيته ذلك حين كنت أرى أنه عبدي أستطيب بها نفسه، لينصحني، وليحفظ على مالي، وما أفاده عنده أيضاً مما استئجره به، فإن له أن يأخذه، لأنه يقول: إنما هو فضلةُ مالي به اكتسبه، ولأني أستأجره بمالي يوم استجرته به، وتركته في يديه يوم تركته، وأنا أرى أنه عبد وأنه مالي، إذا ما شئت أنتزعه فأراه يرجع عليه به، بمنزلة ما وهب له، لأنه إنما أقره بيده، بعد اكتسابه إياه، فكأنه هبة منه له، فأرى له أن يرجع فيه كما يرجع بغيره، مما وصفت لك والله أعلم. قال ابن القاسم: وذلك إذا استئجره لنفسه، فله أن يأخذ الفضل، وأما إذا قال له: خذ هذا المال فاتَّجِرْ به لنفسك، فلا أرى له أكثر من رأس ماله.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: إن الكتابة كالخراج، والعمل لا يرجع المكاتب على سيده إذا استحق حرا بما أدى إليه من الكتابة، كما لا يرجع العبد على سيده إنه استحق حراً بما أدى إليه من خراجه، ولا بقيمة عمله صحيح، على أصل مذهب مالك في أن الكتابة جنس من الغلة، وإن المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء، وإنما يفترق ذلك على مذهب من يرى أن المكاتب حر بعقد الكتابة، غريم بما كوتب به، فيأتي على هذا المذهب أن له أن يرجع على سيده إذا استحق حراً بما أدى إليه من الكتابة، بخلاف الخراج والعمل. وفي الخراج وقيمة العمل اختلاف، قيل: إنه يرجع به، وهو قول ابن نافع في المدنية قال: إلا أن يكون خراجاً لم يقبضه السيد، فهو للعبد، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة، لأنه علَّق العلة فيها بالضمان، ولا ضمان عليه في هذا العبد، لأنه لو مات ثم استحق بحرية، لكان له أن يرجع بالثمن الذي أدى فيه إلى البائع منه، وكذلك الأصل إذا استحق بحبس من يد مشتر يكري الأمر في وجوب الرجوع عليه بالغلة على هذين القولين، لأنه لو غرق أو انهدم ثم استحق بحبس لكان له أن يرجع بالثمن، فلا فرق بين المسألتين في القياس، وإنما وقع الاختلاف فيهما من أجل أن الضمان قد يكون وقد لا يكون، إذ قد يجد على من يرجع بالثمن، وقد لا يجد، ألا ترى أنه ما يضمن فيه المقتل بكل حال في الموت والتلف تكون له الغلة في الضمان قولاً واحداً؟ كالمشتري يشتري الشيء فيقتله، ثم يستحق من يده بملك وما لا يضمن فيه بكل حال، يرد الغلة قولا واحداً، كالوارث يستقل ما ورثه، ثم يأتي من يشاركه من الميراث أو من يكون أَحق به منه. وقد اختلف في الغاصب، هل يرد الغلة أم لا؟ اختلاف كثير قد ذكرناه في غير هذا الديوان، من أجل أن الضمان

قد يكون وقد لا يكون، إذ قد يرجع عليه المغصوب منه بالقيمة إن تلف، وقد لا يرجع فقف على هذه الأوجه الأربعة وهي: وجه ترد فيه الغلة باتفاق، ووجه لا ترد فيه باتفاق ووجهان يختلف في وجوب ردّ الغلة فيهما، لضعف الضمان فيهما الذي هو الأصل في هذه المسألة، لما ثبت من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ [١] " ولا اختلاف في أن العبد إذا استحق بحرية، أن يرجع على سيده بما انتزع من ماله، وبما أخذه من عقل جرحه، إذ ليس شيء من ذلك بغلَّةٍ، فتكون للسيد بشبهة الضمان على أحد القولين، وإنما هو بمنزلة رقبته التي قد وجبت حريتها، فليس لأحدٍ أخذه بغير حق. وتعليلُه لذلك بأنه لم يكن ضامناً له لو مات عنده، لرجع على بائعه بالثمن، إذا علم أنه حر، ليس بصحيح على أصله، لأنه يلزمه عليه ما ألزمه القائل من أن يكون له أن يرجع عليه بالخراج والعمل، وتفرقته بين ذلك بأن العبيد يتخذون للغلة والمخارجة والعمل والخدمة، لا لأخذ أموالهم، وديات الجنايات عليهم، تفرقةٌ ضعيفة، لا وجه لها، إذ لا يخلو من أن يكون ذلك غلة، فيكون حكمه حكم الخراج والخدمة، على الاختلاف الذي ذكرناه أو لا يكون غلة، فيكون له الرجوع به على سيده قولا واحداً، وهو الذي اخترناه وصوبناه. وقوله: إن للسيد أن يرجع عليه بما وهبه من المال، وبما أفاده من المال الذي استتجره به إذا استحق بحريته، وكان إنما استتجره لنفسه، كما فسر ابن القاسم، صحيح، لا أعرف في شيء من ذلك كله اختلافاً. ومثله حكى ابن حبيب في الواضحة في كتاب الصدقات والهبات منها عن مطرف وابن القاسم وابن الماجشون، في العبد إذا استحق بحرية أو ملك أيضاً وقال: إنه إن أعمره أو حبس عليه، فلا رجوع له عليه في ذلك قبل أن يستحق، ولا بعد أن يستحق بالملك أو الحرية، ولا لمستحقه بالملك. قالا: وذلك يصحبه أيام حياته كذلك، قال مالك

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٠٤)، وأخرجه أبو داود (٣٠٤٨)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٣٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٣٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٦٧١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣٥)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢١١٣)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٨٧٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٤٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٩٤٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٢)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (٦٤٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٣٤٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٥٨٠)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٢٢)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٦١٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٤٤).

والمغيرة وغيره من علمائنا أيضاً قالا: وله ولمن صار إليه العبد أن يأخذا منه إن أحبا ما صار إليه من ثمرة الحبس أوغلته، بَعْدَ أن يصير ذلك إليه، وفي يديه، لأنه كمالِه، وهو بعيد، لا وجه عندي للتفرقة بين الهبة وبين العُمْرَى والحبس، واختلف إذا أعطاه أو تصدق عليه، ثم أعتقه بعد ذلك فاستحق بعد العتق بحرية أو ملك، فقيل: له الرجوع عليه بما أعطاه أو تصدق به عليه، إلا أن تكون عمْرى أو حبسا. وقيل: ليس له أن يرجع عليه بشيء من ذلك واختلف أيضاً إذا أعطاهُ بعد أن أعتقه وهو يرى أنه مولاه،ثم استحق بحرية أو ملكٍ، فقال ابن الماجشون: له أن يرجع عليه بما أعطاه- وقال مطرف وأصبغ: ليس ذلك له، واختار ابن حبيب قول ابن الماجشون. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجواب

وسألته عن رجل غاب عن داره أو أرض له، فدخلها رجل بعد غيبته فسكنها زماناً، ثم مات عنها وبقي ورثته فيها، فقدم الغائب، فادعى ذلك، وأصله معروف له، والبينة تشهد أنه إنما دخل فيها الميت، بعد مغيب هذا، وإن كان يختلف، إن كان يسمع من الهالك يذكر أنه اشترى أو لم يسمع ذلك منه، وإن طال زمان ذلك أو لم يطل. قال ابن القاسم: القادم أولى بها إذا كان على ما ذكرت، كان الداخل فيها حياً أو ميتاً، ولا يلتفت إلى ما كان يسمع من الداخل الهالك، يذكر أنه اشترى. والقادم أحقّ بأرضه إذا كان الأصل معروفاً له، والبينة تشهد له على ما ذكرت من دخول هذا بعد مغيبه، طال زمان ذلك، أو لم يطل، إلا أن تكون للداخل بينة على اشتراء أو هبة أو صدقة أو سماع، صحيح على اشتراء مع طول زمان وتقادم، فإن لم يكن ذلك، فالأرض أرض القادم على ما شهد له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها من أنه لا حيازة على غائب، فإذا قدم والأصل معروف له، وشهدت له البينة بدخول البيت فيها بعد مغيبه كما ذكر، كان على ورثته البينة، على ما ادعوا من اشتراء أو صدقة أو هبة أو سماع على ذلك، فيما طال من السنين، ولو عرف الأصل للغائب، ولم يشهد له بدخول الميت فيها بعد مغيبه، وادعى ذلك، فقال ورثته: بل دخل فيها بحضورك قبل مغيبك، فحيازتنا عليك عاملة لوجب أن يكون القول قوله مع يمينه أنه ما دخلها إلا بعد مغيبه، ويزيد في يمينه، على ما في المسألة التي بعدها أنه ما علم بذلك في غيبته، إلا أن تكون غيبته بعيدة، وليس عليه أن يزيد ذلك في يمينه على ما في المسألة التي تليها، لأنه عذره فيها بالمغيب وإن كان قريباً. والله الموفق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وأما الغائب الذي ذكرت على مسيرة الثمانية الأيام، وقد حيزت أرضه، عليه فليست تلك حيازة ولا حيازة على غائب، إلا أن يكون قد علم بذلك وعرفه، فترك ذلك ولم يطلبه ولم يخرج إليه حتى طال زمان ذلك، كما أخبرتك مما تكون فيه الحيازة، وهو تارك لذلك، عالم به، فلا شيء له بعد ذلك.

قال الإمام القاضي جعل مسيرة الثمانية الأيام في هذه المسألة قريباً، ولم يعذره بمغيبه إذا علم، وذلك خلاف قوله في المسألة التي بعدها، مثل قوله في رسم الأقضية من سماع يحيى بعد هذا من هذا الكتاب. والله الموفق.

مسألة:

قال عيسى: قلت لابن القاسم: فالرجل يغيب الغيبة غير البعيدة، مثل مسيرة أربعة أيام ونحوها، ورجل يعمل أرضه عشر سنين أو عشرين سنة ويموت عنها العامر، ويرثها ولده، فلا يطلب ذلك، ولا يوكل، وهو تبلغه عمارته ولا يذكر شيئاً، فيقدم يطلب ذلك بعد عشرين سنة، وقد صارت بيد وارث، قال: ذلك له، ولا يقطع ذلك عنه الأمر القريب، وليس كل الناس يقرب ذلك عليهم. وللناس معاذير في ذلك، من ضعف البدن، والنظر في صنعته والضيعة تكون من النبات ولا يستطيع مفارقتهن، قلت له: فإن لم يكن عذر ولا ضعف يعرفه الناس، قال كم فيمن لا يتبين عذره للناس وهو معذور، فلا أرى أن يقطع ذلك عنه شيء، متى ما قام، كان على حجته.

قال محمد بن رشد: عذره ابن القاسم في هذه المسألة بمغيبه، وإن كان قريباً، فلم ير الحيازة عليه عاملة، خلاف قوله في المسألة التي قبلها. وفي أول رسم الأقضية من سماع يحيى بعد هذا من هذا الكتاب. وقد حكى عيسى في كتاب الجدار اختلاف قول ابن القاسم في هذه المسألة، ثم قال: وأَحَبُّ قوله إليّ أن يكون على حقه، إلا أن يقوم وحقه في يد الذي حازه في غيبته، فعلم بذلك ثم رجع ولم يذكر شيئاً حتى قام اليوم، وقد طال زمان ذلك بعد أن علم، فهو كالحاضر الذي يستحق عليه الأشياء بالحيازة، فيما فسرتُ لك، والله أعلم. وهذا الاختلاف في القريب إنما هو إذا علم، وأما إذا لم يعلم فلا حيازة عليه، وإن كان حاضراً غير أنه في القريب محمول على غير العلم حتى يثبت عليه العلم، وفي الحاضر محمول على العلم حتى يتبين أنه لم يعلم، والقريب في هذا الذي اختلف فيه هذا الاختلاف، ما كان على مسيرة الثمانية الأيام ونحوها، والبعيد مثل الأندلس من مصر، أو مصر من المدينة على ما قاله في رسم الأقضية من سماع

يحيى، ولم يختلف في البعيد الغيبة، أنه لا يحاز عليه بطول المدة وإن علم. وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وسئل عن رجل ابتاع داراً فاستحق رجل فيها سهماً من عشرة أو أقل أو أكثر، فهل ينقض ذلك شراءه؟ قال: قال مالك: فإن كان الذي استحق منها يسيراً، قلت العشر، قال ربما كان العشر فيها يضرُّ وفيها ما لا يضر، فإنما ينظر في ذلك الوالي على الاجتهاد، فإن رأى ضرراً رده وإن لم ير ضرراً أمضى البيع ورد عليه قدر ذلك من الثمن.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن استحقاق العشر من الدار قد يضر ببقية الدار، وقد لا يضر، فإن كانت لا تنقسم أعشاراً فلا شك في أن ذلك ضرر له، ردّ جميعها، وأما إن كانت تنقسم ببيت يحصل للمستحق من الدار والمدخل على باب الدار، والساحة مشتركة، فإن كانت داراً جامعة كالفنادق التي تُكري ويسكنها الجماعة من الناس، فليس ذلك بضرر، فيرجع بقدره من الثمن، ولا يرد الجميع، وإن كانت داراً للسكنى، فذلك ضرر. وأما إن كانت تنقسم بغير ضرر ولا نقصان من الثمن، ويصير لكل نصيب حظه من الساحة، وباب على حدة، فليس ذلك بضرر، إلا أن يكون المستحق على هذه الصفة الثلث فأكثر، والدار الواحدة في هذا، بخلاف الدور، ولأنه إذا اشترى الدور، فاستحق بعضها، لا يرد جميعها، إلا أن يكون الذي استحق منها أكثر من النصف، وهو الجُل، هذا الذي يأتي في هذه المسألة على مذهب مالك، لأنه قد نص في المدونة في القسمة وفي النكاح الثاني منها أن استحقاق ثلث الدار الواحدة كثير.

وقد مضى في رسم يوصي من هذا السماع ما فيه ببيان لهذه المسألة. وبالله التوفيق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل بنى وغرس في أرض كانت في يديه، فاشتراها، فاستحقها رجل، فقيل للذي استحقها: أغرم له قيمة غرسه وعمله، فقال: ما بيدي ما أعطيه اليوم، وما أُريد إخراجه، فليسكن حتى يرزق الله ما أودي إليه، ولينتفع بعمله حتى يأخذ حقه فكره صاحب الغرس تأخير ذلك، وقال: أما إذا قضى علي بالخروج، وصار ما في يدي لغيري، فلست أُقيم فيما لا حق لي فيه، مع ما أخاف من

نقصان قيمة عملي بتأخير أخذ القيمة منه. قال: يغرم المستحق ما وجب عليه من القيمة، ولا يؤخر للعشرة، فإن كره أو كان معدماً، قيل للعامل في الأرض: ادْفعْ إليه قيمة أرضه، ثم تكون لك وما أحدثت فيها. فإن أبى أو كان معدما، كانا شريكين في الأرض والعمارة، على قدر قيمة الأرض، وقدر قيمة العمران، وأمرُهما مثل الذي استحق في يديه أرض عمَّرها وهو يراها مواتاً. قال: وإن رضي ذلك الذي عمَّر الأرض أن يؤخر المستحق، على أن يقره ينتفع بعمارته ما حل ذلك بينهما، لأن حقه قد وجب معجلاً، فهو يؤخره على الانتفاع، فهو بالأرض والعمران الذي قد صار للمستحق بالقيمة التي يؤخره بها، وهو كالسلف الذي يرضى لصاحبه بتأخيره.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها. ورواية المدنيين فيها عن مالك، أن صاحب العمارة لا يخير، ويكونان شريكين إن أبى المستحق أن يعطي صاحب العمارة قيمة عمارته، خلاف مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، وقوله: ولو رضي الذي عمر أن يؤخر المستحق، على أن يقره ينتفع بعمارته، لم يحل، لأنه سلف جر منفعة، صحيح، على ما قاله، ولو أكراه منه المستحق بما وجب له عليه من قيمة البناء، لم يجز عند ابن القاسم، لأنه الدين بالدين، ويجوز على مذهب أشهب، لأن قبض أوائل الكراء، كقبض جميعه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن ورثة ورثوا منزلاً فهلك بعض الورثة، وترك أولادا، فادعى ولد الذين ماتوا بعد موت الأول، أن المنزل الذي هلك عنه جدهم بينهم لم يقسم، وادعى الباقون من ولد الجد، أنَّه ليس في أيديهم غير حقهم، وأنهم عايشوا إخوتهم، حتى مات منهم، وكلهم مقيم على ما في يديه من المنزل، راض به، والذي في أيديهم من المنزل فيختلف، في أيدي بعضهم القليل، وفي أيدي بعضهم الكثير، وعسى أن يكون فيهم من ليس في يديه منه شيء، وقد تعايشوا على تلك الحال، الثلاثين سنة ونحوها، فلما مات منهم من مات، أراد ورثته أخذ سهم أبيهم، أترى ذلك لهم؟ ولعلهم قد كانوا اقتسموا، فإن طلبوا على ذلك بينة لم يجدوها، لطول الزمان، وما يحدث على الشهداء من الموت والنسيان، فقال: أما كل دار، أو مزرعة لم يحدث فيها الوارث الذي هي في يديه، أو فيما كان في يديه منها غرساً ولا بنيانا حتى يكون بما أحدث حائزاً له دون ورثته، وإنما الدار بحال ما هلك عنها الجد، غير أن بعضهم يسكن منها أكثر مما يسكن بعض، أو يكون في أيدي بعضهم دون بعض، أو المزرعة

يزرعها أحدهم دون الآخرين، أو يزرع منها بعضهم أكثر من بعض، فلا أرى أن يستحق أحدهم شيئاً من ذلك بطول السكنى والازدراع، وإن طال زمان ذلك جداً، وليسوا فيما حازه بعضهم عن بعض، من غير إحداث عمارة ببنيان أو كراء، كأن يقبضه لنفسه ويكريه باسمه بحضرة إخوته وعلمهم، كما يحوزه الأجنبي من مال الرجل. قلت فكم ترى طول حيازة الأجنبي مال الرجل الذي يستحقه به، لا تسأله البينة على ما في يديه منه، وإن لم يبين ولم يغرس غير أنه سكن الدار وازدرع الأرض، أو ما أشبه ذلك؟ فقال: العشر سنين ونحوها، يبطل عندي دَعْوَى من ترك رجلاً يحوز عليه أرضه وداره بالسكنى والازدراع، وهو حاضر لا ينكر ولا يمنع، قال: وأَبْينُ ذلك عندي أن يبني ويغرس. قلت أترى الإِخوة فيما بينهم من ميراثهم ومن معهم من سائر الورثة إذا كان ما يحوزه بعضهم عن بعض العشر سنين ونحوها بإحْداث الغرس والهدم والبنيان والكراء الذي يكريه باسمه، ويتقاضاه دونهم، وتنتسب تلك الدور والأرضون إذا أكروها إلى بعضهم دون بعض. أترى أن يكونوا في هذه الحالة بمنزلة الأجنبيين فيما ذكرت من العشر سنين ونحوها؟ فقال: نعم. حالةُ عندي فيما يحوزه بعضهم دون بعض بالهدم والبنيان والغرس، بمنزلة ما يحوزه الرجل من مال الرجل. والتقادُم عندي فيه الذي يستحقه به حيازة العشر سنين ونحوها، فقال: والموالي والأصهار، يساكنون الرجلِ في داره المعروفة له، أو يحرثون أرضه فيُعايشهم على ذلك زماناً، فيدعيها بعضهم بالتقادم، أو يموت ويدعي ذلك ورثته؟ أرى أن لا يستحقوا شيئاً مما سكنوا واحترثوا بتقادم ذلك في أيديهم، إلا أن يغرسوا أو يهدموا أو يبنوا، فيكون حينئذ حالهم عندي على ما وصفت لك، مما يحوزه الأجنبي، من أرض الرجل أو داره، قال يحيى: ثم رجع ابن القاسم فيما يحوزه الوارث على إشْراكه بالهدم والبنيان والغرس، فلم ير ذلك يقطع حقّ الوارث من ميراثه. وثبت فيما حازه الوارث، عن موارثتهم وإن حازها بعضهم عن بعض بغير ما ذكرت لك من الوطء والهبة وما أشبه ذلك طول الزمان، إلا أن يطول جداً. قال: ولم ير الأربعين سنة وما دونها بطويل جداً بين الورثة بخاصة، وسواء عندنا فيه أخوان حازه أحدهما دون صاحبه، أو مات أحدهما، أو ماتا جميعاً فتداعيا فيه أبناؤهما أو أبناء الأبناء، الأمر فيه هو ألا يقطعه إلا طول الزمان جداً. قال: وكل ما حازه المولى من دار مولاه، أو أرضه، أو الأصهار أو الولد، فهو بهذه المنزلة، لا يقطع ذلك حقّ الذي تُعرف له الأرض بطول عمارتهم وإن هدموا وبنوا، إلا أن يطول جداً، مثل ما وصفنا من أمر الورثة فيما يحوزه بعضهم دون بعض، الذي يُعرف

الناس به من التوسع للمولى والصهر والولد، إلا أن يحوز ذلك بالبيع والعطايا أو الهبات أو الصدقات، وما أشبه ذلك مما لا يصنعه المرء إلا في خاصة ماله. قال: وأبناؤهم وأبناء أبنائهم بمنزلتهم، لا حقّ لهم فيما عمر الأب والجد من دار موإليه أو أرضه أو صهره أو ابنه أو جده، إلا أن يطول الزمان جداً ولا ينفعه أن يقول: ورثت عن أبي، وأبي عن جدي، لا أدري كيف كان هذا الحقّ بأيديهم، ويدي بعدهم، حتى يأتي بالبينة على شراء الأصل أو عطية، أو أمر يستحق به ما عمر أو عمر أبوه أو جده.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة، وقد مضى من قولنا في رسم يسلف من سماع ابن القاسم ما فيه بيان أكثر وجوها، ونزيد هاهنا بياناً بالتكلم على ما يقتضيه بعض ألفاظها من ذلك قوله فيها لما سأله عن طول الحيازة التي يستحق بها الأجنبي ما حازه من مال الأجنبي، دون أن يسأل البينة على ما في يديه منه وإن لم يبْنِ ولا غرس العشر سنين ونحوها، يبطل عندي دعوى من ترك رجلا يحوز عليه أرضه وداره بالسكنى والازدراع، وهو حاضر لا ينكر ولا يمنع، لأنه كلام فيه احتمال. وقد قال بعض أهل النظر: إن فيه دليلاً على أنه إذا حاز الرجل الدار أو الأرض بحضرة القائم، المدة المذكورة، إنه لا يلزمه أن يكشف عن أصل الملك، لأنه لو ألزم ذلك وقال: صار إليّ بهبة أو صدقة، ثم ضعف عن إثبات ذلك، فقد أعان على إبطال حقه. قال هذا القائل، وقد قيل: إنه يلزم المقوم عليه، أن يقول من أين صار بيده؟ قال: والأول أحسن، والذي أقول به: إن هذا مما لا ينبغي أن يختلف فيه، وإنما يختلف الجوابُ في ذلك بحسب اختلاف الوجوه فيه. فوجهٌ لا يسأل الحائز فيه عما في يديه، من أين صار إليه؟ وتبطل دعوى المدعي فيه بكل حال، فلا توجب يميناً على الحائز المدعى عليه، إلا أن يدعي عليه أنه أعاره إياه، فتجب له عليه اليمين على ذلك. وهذا الوجه هو إذا لم يثبت الأصل للمدعي، ولا أقر له الحائز الذي حازه في وجهه العشرة الأعوام ونحوها، ولو ادعى عليه فيما في يديه، أنه ماله وملكه، قبل أن تنقضي مدة الحيازة عليه في وجهه، لوجبت له عليه اليمين. ووجهٌ يسأل الحائز فيه عما في يديه ومن أين صار إليه؟ ويصدق في ذلك مع يمينه، ولا يكلف البينة على ذلك، وهو: إذا ثبت الأصل للمدعي، أو أقر له به الحائز، ولو ثبت الأصل للمدعي، وأقر له به الذي هو في يديه، قبل أن تنقضي مدة الحيازة عليه، لوجب أن يُسأل من أين صار إليه؟ ويكلف البينة على ذلك. وقوله في هذه الرواية: العشر سنين ونحوها معناه: العشر سنين وما قرب منها، يريد والله أعلم بالشهر والشهرين والثلاثة، وما قرب منها مما هو ثلث العام وأقل. وقد قيل

إن ما قرب من العشرة الأعوام بالعام والعامين حيازة.

وقد مضى القول على ذلك في رسم شهد من سماع عيسى قبل هذا فلا معنى لإعادته. وفي قوله في هذه الرواية، ثم رجع ابن القاسم فيما يحوزه الوارث على إشراكه بالهدم والبنيان والغرس، دليل على أنه لم يرجع فيما حازه القرابة بعضهم على بعض، مما لا شركة بينهم فيه العشرة الأعوام، بالهدم والبناء. وقد دل على ذلك أيضاً قوله: قال: ولم ير الأربعين سنة، وما دونها بطويل جداً بين الورثة بخاصة. وقد رأيت لبعض أهل النظر، أنه قال في قوله في هذه الرواية بين الورثة بخاصة دليل على أن الأشراك من غير الوراثة، بخلاف شركة الوراثة، وتأول مثل ذلك أيضاً على ما قاله يحيى بن يحيى بعد هذا في رسم الأقضية، قال: وفي كتاب الجدار لعيسى أن ابن القاسم يفرق بين الأشراك في الوراثة وغير الوراثة، كانت بابتياع أو غيره، وجعل ذلك كله في حكم القرابة على اختلاف قول ابن القاسم. وهو الذي حكاهُ من كتاب الجدار، من أن حكم الأوراث والأشراك في الحيازة، بمنزلةٍ سواء، هو قول مطرف وأصبغ في الواضحة وقد روي عن مطرف أن الأشراك بمنزلة الأجنبيين وبعد عندي في النظر أن يكونوا بمنزلة الأجنبيين من أجل أنهم أشراك وأن يكونوا بمنزلة الأوراث، إذ ليسوا بقرابة، وإنما الذي يُشبه، أن يكون حكم الأشراك الأجنبيين، كحكم القرابة من غير أهل الميراث، الذين ليسوا بأشراك، فيدخل في ذلك اختلاف ابن القاسم في القرابة الذين ليسُوا بأشراك. فيتحصل فيهما جميعاً أعني في القرابة الأشراك وغير الأشراك ثلاثة أقوال: أحدهما أن العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان حيازة بينهم، كانوا أشراكاً أو لم يكونوا. والثاني أنها لا تكون حيازة بينهم، كانوا أشراكاً أو لم يكونوا. والثالث أنها تكون حيازة بينهم إن لم يكونوا أشراكاً، وتكون حيازة إن كانوا أشراكاً. وقوله إلا أن يحوز ذلك بالبيع والعطايا أو الهبات أو الصدقات، أوما أشبه ذلك مما لا يصنعه المرء إلا في خاصة ماله، يريد فتكون العشرة الأعوام في ذلك حيازة، وعلى ما دل عليه ما مضى من المسألة. ومعنى ذلك في البيع، إذا لم يعلم به إلا بعد وقوعه، فلم يقم حتى مضت مدة الحيازة، ولو قام بعدُ قبل مضيها بعد العام ونحوه، لحلف، وكان الثمن له، ولو قام بحدثان ما علم، لكان له ردّ البيع، ولو كان حاضر البيع فسكت، ولم يقم إلا بعد العام ونحوه، لكان ذلك عليه حيازة، ولم يكن له شيء. وقد مضى هذا المعنى بأبْينَ من هذا في سماع أشهب، وهذا إذا باع الجميع، وكذلك إذا باع الجل. وإنما يختلف إذا باع الجل في القليل الباقي. فقيل: إنه تَبع للجل المبيع، يستحقه الحائز

بالحيازة، وهو قوله بعد هذا في هذا الرسم، وقيل: إنه لا يكون تبعاً له، وهو قول ابن القاسم، في سماع سحنون بعد هذا، وكذلك اختلف أيضاً إذا باع اليسير وهو حاضر، فلم يقم إلا بعد العام ونحوه، أو لم يعلم به إلا بعد وقوعه، فلم يقم حتى مضت مدة الحيازة، هل يكون تبعاً للباقي أم لا؟ فقيل: إنه لا يكون تبعاً له، ويستحقه البائع بالحيازة، ويكون الثمن له، وقيل إنه يكون تبعاً له ولا يستحقه البائع بالحيازة، ولا يكون له الثمن ويكون للذي ثبت له الأصل، وأما الهبات والصدقات والأعطية، فإن وقعت في الكل أو في الجل، أو في اليسير مضت، إلا أن يقوم بحدثان ما علم، فيكون له ردّ ذلك. وأما الباقي فيكون له إن كان الأكثر باتفاق، وإن كان الأقل، فعلى الاختلاف الذي ذكرناه في البيع إن كان قيامه بعد أن مضت مدة الحيازة من يوم علم بذلك، أو بعد مضي العام ونحوه، إن كان مشاهداً لذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت لسحنون: أرأيت الرجل يكون صهراً لي يكون زوج عمتي أو زوج أُختي، فيعمر أرضاً في قريتي، في وجهي عشر سنين أو نحوها، والقرية معروفة لي خاصة، ليست لأبي ولا لجدي، هل تنفعه حيازتها في وجهي عشر سنين أو نحوها وتكون له كما تكون للبعيد من الناس، إذا عمروها عشر سنين؟ قال: الصهر عندي بمنزلة القرابة، لا يستحقها بعمارة عشر سنين، كما يستحقها الأجنبي، وقد اختلف فيها أصحابنا وهذا الذي أعلمتك عندي أحسن، إن الصهر بمنزلة القرابة والورثة قيل: فموالي الذين من فوق الذين أعتقوني، قال: الموالي الذين أنعموا عليك، والموالي الذين أنعمت عليهم في ذلك سواء، بمنزلة القرابة.

قال محمد بن رشد: قول سحنون هذا إن الصهر بمنزلة القرابة، هو مثل ما تقدم في هذا الرسم عن ابن القاسم، خلاف ما مضى في رسم شهد من سماع ابن القاسم. وأما قوله في أن الموالي الأعلين والأسفلين في ذلك سواء، فهو مثل ما في سماع أصبغ، بعد هذا وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل أصدق المرأة عن ابنه منزلاً، فلما دخل ابنه بالمرأة أخذت المنزل، إلا حقولاً يسيرة تركتها في يد حموها، فلم تزل في يديه حتى مات بطول زمان، ثمة أرادت المرأة أخذها، فمنعها ورثة الحمو، وقالوا: قد عايشته زماناً من دهرك، وهي في يديه، ولا تشهدين عليه بعارية ولا كراء، ولا ندري

لعلك أرضاكِ من حقك، أترى للمرأة في ذلك حقاً؟ قال: نعم، لها أن تأخذ تلك الحقول التي هي مما كان أصدقها الحمو عن ابنه، ولا يضرها طول ما تركت ذلك في يد الحمو، لأنها ليست بالصدقة، فيلزم حيازتها، وإنما الصداق ثمن من الأثمان. قال: وكذلك لو تركت كل ما أصدقت في يد الحمو، لم يضرها ذلك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة لا إشكال فيها ولا اختلاف، لأنه حَقها، تركته في يد حموها، فلا يضرها ذلك، طال الزمان أو قصُرَ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ وَإِنْ قَدُمَ " وليس هذا من وجه الحيازة التي ينتفع الحائز بها ويفرق بين القرابة والأجنبيين والأصهار فيها إذ قد عرف وجه كون الأحقال بين الحمو، فهي على ذلك محمولة حتى يعرف تصيرها إليه بوجه صحيح، لأن الحائز لا ينتفعِ بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها. وهذا أصل في الحكم بالحيازة. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الأرض تكون بيد الرجل، فيدعيها رجل، ويخاصمه فيها، فيستحقها، وقد قلبها الذي كانت في يديه، وأنعم حرثها ليزرعها. قال: المستحق بالخيار، إن شاء أعطاهُ قيمة عمله وأخذَها. فإن أبَى قيل للذي استحقت في يديه: إن شئت فاغرم كراءها، وإن شئت فاسلمها بما فيها من العَمل، ولاشيء عليك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة لم يجر فيها ابن القاسم على الأصل، لأنه إذ لم يلزم المستحق أن يعطي المستحق من يديه الأرض قيمة حرثه وعمله فيها، كما يلزم مستحق الحائط أن يعطي الذي استحق من يديه قيمة سقيه وعلاجه، إن كان سقاه وعالج فيه، وجعل من حقّ الذي استحقت من يده الأرض إذا أبى المستحق أن يدفع إليه قيمة حرثه وعمله، أن يدفع إليه قيمة أرضه، ويكون أحقّ بها، كما يكون ذلك له إذا استحقت من يديه وبناها، لأن منفعة حرثه، يستوي جميعها في ذلك العام، بخلاف أن يعطيه كراءها لذلك العام، يريد غير محروثة، ليصل بذلك إلى حقه في حرثه وعمله، فيلزمه أن يقول أيضاً: إنه إن أبى من ذلك، كانا شريكين في كراء ذلك العام محروثة، المستحق بقيمة كرائها غير محروثة، المستحق منه بقيمة حرثه وعمله. وإنما لم يكن من حقّ المستحق منه إذا أبى المستحق أن يدفع إليه قيمة حرثه وعمله، أن يدفع إليه قيمة أرضه، ويكون أحَق بها، كما يكون ذلك له إذا استحقت من يده وبناها، لأن منفعة حرثه، يستوي جميعاً في ذلك العام، بخلاف البنيان الذي تبقى منفعته الأعوام. ولأصبغ

في الثمانية أنه لا شيء للذي حرث الأرض في حرثه على المستحق، لأنه ليس شيء وضعه فيها لو شاء أن يأخذه أخذه كذلك، قال سحنون: إنه لا شيء له وإن زَبَّلَهَا لأن ذلك مستهلك فيها، فيأخذها المستحق على ما هي عليه، كالدابة العجفى تسمن، والصغير يكبر، والاختلاف في هذه المسألة على اختلافهم في الرجوع في الاستحقاق بقيمة السقي والعلاج، فجواب ابن القاسم على أصله في وجوب الرجوع بذلك، وهو مذهب أشهب، وقول سحنون في ذلك على أصله، في أنه لا يجب الرجوع بذلك، وهو مذهب ابن الماجشون وقولُ ابن القاسم أصحُّ، إذ ليس بمتعدٍ وإنما عمل على وجه بشبهةٍ، فلا يُظلم عمله ألا ترى أنه إذا بنى تكون له قيمة بنيانه قائماً؟ وإن كان البنيان والعمل مستهلكاً، لا يقدر على أخذه، ويلزم سحنون على أصله في الحرث والزبل، لا يكون له في البنيان، إلا قيمته منقوضاً. وهذا ما لم يقله هو ولا غيره فيما أعلم، ولا يلزم ابن القاسم ما احتج به سحنون، من الدابة العجفاء تسمن والصغير يكبر، لأن النفقة عليهما، بإزاء الانتفاع بهما، إذ لو رجع بها، لرجع عليه بقيمة الاستخدام والركوب، وذلك ما لا يصح، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ [1] ". وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن امرأة هلك زوجها وترك منزلاً وولداً ورقيقاً، فعايشت المرأة ولد الرجل من غيرها زماناً، وتزوجت بعده زوجاً أو زوجين، ثم هلكت، فقام ولدها من زوجها الذي تزوجها بعد الأول، يطلب مورثها من زوجها الأول، في رباعه ورقيقه، فقال ولد زوجها الأول: قد عايشتنا أُمكُم زماناً طويلاً، وكانت أعلم بموضوع حقها، ووجه خصومتها، وذلك منذ عشرين سنة لم تطلب قِبلنا شيئاً

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٠٤)، وأخرجه أبو داود (٣٠٤٨)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٣٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٣٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٦٧١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣٥)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢١١٣)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٨٧٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٤٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٩٤٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٢)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (٦٤٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٣٤٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٥٨٠)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٢٢)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٦١٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٤٤).

حتى ماتت. قال: لا أرى أن يقطع سكوتها بما ذكرت من الزمان حقها، من مورث معروف لها، وولدها في القيام بطلبه على مثل حجتها، لا يقطع حقها ولا سكوتها في مورثها من زوجها الأول، لأن حالة الورثة في هذا عندي مخالف لغيرهم، إلا أن يكونوا اقتسموا بعملها، حتى حاز كل واحد نصيبه من الأرض، ودَانَ بحقه من أثمان ما باعوا، وبحقه مما اقتسموا من الرقيق والعروض، وهي ساكتة عالمة، لا تدعي شيئاً ولا تطلبه، فهذا الذي يقطع حجتها، ويبطل طلبها.

قلت: فإن لم يقسموا شيئاً ببينة ثبتت، ولكن قد اقتطع كل وارث أرضاً زرعها وتنسب إليه، أو داراً يسكنها، أو رقيقاً يختدمهم أو بقراً أو غنماً يحتلبها، أوْ دوابَّ يستغلها، فكل وارث قبض مما قصصت لك شيئاً قد بان بمنفعة دون أشراكه، فإليه ينسب، وله يعرف، ولما كلفوا البينة على الاقتسام، لم يجدوها لطول الزمان، وليس في يد المرأة من ذلك شيء، وعسى أن يكون في يديها الشيء اليسير، أترى هذا إذا طال الزمان يقطع حقها من المورث؟ قال: لا أرى هذا يمنعها من أخذ حقها، إلا أن يكون كل واحد منهم يعتق من الرقيق، ويدبر، ويبيع ويتصدق ويكاتب، فإن صنعوا ذلك وما أشبهه فيما في أيديهم، رأيت ذلك حيازة لكل واحد منهم، لما بقي في يديه، وقطعاً لدعوى المرأة وغيرها من أهل الميراث، فمن ترك الأخذ بحقه زماناً وهو يرى ما يحدث هؤلاء الأشراك فيما في أيديهم لا يغيرون عليهم ولا ينكرون فعلهم قال: وإذا صنعوا مثل هذا بعلم المرأة، وإن طال الزمان، فهو قطع لحقها إذا لم تنكر عليهم، ويعرف منعها إياهم، وقيامها بأخذ حقها قبلهم، بحداثة ما أحدثوا مما لا يحدثه المرء إلا في خاصة ماله، قلت: أرأيت إن لم يعتقوا أو يدبروا أو يتصدقوا أو يبيعوا إلا الرأس أو الرأسين، من جماعة رقيق وحده، أيبطل سكوتها عنهم حقها من جميع الميراث؟ فقال: لا، ولكن تأخذ حقها، فيما أعتقوا أو باعوا إذا كان الذي أحدثوا من ذلك في أيسر الميراث وأقله، لأنها تعذر بالسكوت عن اليسير لكثرة المورث، وما تأخر من القسم، لأنها تقول: قد يصير لهم أضعاف ما أحدثوا فيه مما سكت عنه. قال: وكذلك لو أحدثوا مثل ما وصفت في جل الميراث وأكثره، وبقي يسير لم يحدثوا فيه شيئاً، فإن حقها يبطل من القليل الباقي، فإنه تبع للكثير الذي استحقوه بما أحدثوا مما حازه بعضهم عن بعض.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: لا أرى أن يقطع سكوتها بما ذكرت من الزمان، فإن حقها من مورث معروف لها ولولدها في القيام بطلبه على مثل حجتها، لا

يقطع حقهم طول سكوتها من مورثها، من زوجها الأول، لأن حال الورثة في هذا عندي مخالف لغيرهم. هو مثل ما تقدم من قوله قبل هذا من أنه لا حيازة بين الأقارب، بخلاف الأجنبيين. وأما قوله: إلا أن يكونوا قد اقتسموا بعملها حتى حاز كل واحد نصيبه من الأرض، وبان بحظه من أثمان ما باعوا وبحقه مما اقتسموا من الرقيق والعروض، وهي ساكتة لا تدعي شيئاً ولا تطلبه، فهذا الذي يقطع حجتها، ويبطل طلبتها عندي ففيه تفصيل. أما إذا كانت شاهدة للقسمة حين وقوعها، فيبطل حقها بسكوتها بعد ذلك العام ونحوه، على قياس ما ذكرنا من البيع قبل هذا وفي سماع أشهب، لأن القسمة بيع من البيوع. وقد قيل: إنها تمييز حق، فبطلان حقها بمرور الحول على ذلك احرأ، وأما إن لم تشاهد القسمة، وإنما علمت بها بعد وقوعها فلا يبطل حقها إلا بمرور مدة الحيازة، وقوله بعد ذلك في الرواية قلت: فإن لم يقسموا شيئاً ببينة ثبتت، ولكن قد اقتطع كل وارث أرضاً يزرعها وتنسب إليه أو داراً يسكنها أو رقيقاً يختدمهم، أو بقراً أو غنماً يحتلبها، أو دواب يستغلها، فكان كل وارث قبض مما نصصت لك شيئاً قد بان بمنفعته دون أشراكه، فإليه ينسب، وله يعرف، ولو كلفوا البنية على الأقسام لم يجدوها لطول الزمان. وليس في يد المرأة من ذلك شيء، وعسى أن يكون في يدها الشيء اليسير، أترى هذا إذا طال الزمان يقطع حقها من المورث؟ قال: لا أرى هذا يمنعها من أخذ حقها، هو كما قال، ولا اختلاف فيه أعلمه، إلا ما تأوله بعض الناس، على ما في المدونة، حسبما ذكرناه في رسم يسلف من سماع ابن القاسم حاشا قوله أو دواب يستغلها، فإن قول ابن القاسم، اختلف في الاستغلال، هل هو بمنزلة الانتفاع بالسكنى والاستخدام، لا تقع الحيازة به بين الأوراث، أو بخلاف ذلك، فتقع الحيازة بينهم، ووقع اختلاف قوله في ذلك في رسم الأقضية بعد هذا من هذا السماع، وأظن أنه قد وقع في بعض الكتب، أو دواب يستعملها، وهو اطرد على ما ذكره، وأما قوله بعد ذلك في الرواية: إلا أن يكون كل وارث منهم يعتق من الرقيق إلى آخر المسألة، فقد مضى القول عليه مستوفىً في رسم يسلف من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يغرس في أرض امرأته أو يبني فيها أو في دارها، ثم يموت أحدهم، أيكون قيمة دلك البنيان أو الغراس على المرأة، أو ورثتها؟ قال: نعم، قيمة ذلك عليها، أو على ورثتها إن ماتت واجب للزوج أو لورثته إن

مات، وإنما حاله فيما غرس من مال المرأة حال المرتفق به، كالعارية التي يغرس فيها ويبني، إلا أن يكون للمرأة أو لورثتها بينة، أنه إنما كان ينفق في عمارة ما عمر من ذلك، من مال امرأته، ولها كان يُصلح، فتكون أحقّ بأرضها وما عمر لها الزوج فيها بمالها، قال: وإنما يعطي الزوج إذا لم تأت المرأة بالبينة على ما ذكرت لك، قيمة ما عمر مقلوعاً وليس قيمته قائماً وكذلك القضاء في قيمة كل عُمران يضعه مستعيراً أو مسترفق من غرس أو بنيان، وإنما يعطي قيمة كل عمران قائماً صحيحاً من عمَّر مواتاً ثم استحق، أو عمر باشتراء فاستحق، أو اشتراء فعمر ثم أخذ ذلك منه بالشفعة، فأما كل من أسكن داراً أو أعمرها أو أرفق في مزرعة أو غيرها، أو أعمر جناناً أو أرضاً حيازة أحدهما، أو إلى أجل من الآجال، أو إلى غير الأجل فعمر هؤلاء بالبنيان أو الغرس، ثم خرجوا طوعاً قبل أجل السكنى أو العمرى أو خرجوا عند انقضاء الأجل، فإنما يعطوا قيمة ما عمروا مقلوعاً وكذلك قال لي مالك والليث.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: وإنما حاله فيما غرس وبنى من مال امرأته حال المرتفق به، كالعرية التي يغرس فيها ويبنى، بين، أنه بمنزلته عنده إذا كان يرتفق بذلك في أنه لا تكون له إلا قيمته منقوضاً، سواء أذنت له في البنيان والغرس أو لم تأذن في ذلك، إلا أن تأذن له فيه، ثم تقدم عليه بحِدْثَان ما بنى لتمنعه من الارتفاق، فلا يكون ذلك لها، إلا أن تعطيهُ قيمة ذلك قائماً. وأما إذا كان لا يرتفق بما لها فبنى فيه لها أو غرس، فيفترق القول بين أن تأذن له في ذلك أو لا تأذن، فإن أذنت له في ذلك، كان له عليها ما أنفق، أو قيمة ذلك، وإن لم تأذن له لم يكن إلا قيمة بنيانه منقوضاً، وسواء على مذهب ابن القاسم إذا لم تأذن أقرت له بالبنيان أنه بنَى، وادعت أنه إنما بناه بما لها، فحلف أنه إنما بناه بماله، لا بمالها أو أنكرت، أن يكون بناه، فأقام البينة على ذلك، لا يكون له إلا قيمته منقوضاً، وفرق ابن وهب في سماع عبد الملك زونان في كتاب الدعوى والصلح بين الأمرين، فقال: إنه تكون له نفقته، إذا أقرت له بالبنيان، وادعت أنه إنما بناه بمالها، فأنكر ذلك وحلف أنه بناه بماله. وقوله صحيح على قياس قول مالك، في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكلات، ورسم البز من سماعه أيضاً من كتاب المديان والتفليس، في أن تصرف الرجل في مال زوجته محمولٌ على الوكالة لا على التعدي، ويأتي على قياس قول ابن القاسم: إنه محمول على التعدي حتى تعرف الوكالة، ولو أقرت المرأة أنها أذنت أن يبنيه بمالها، فبناه به، وقال: هو إنما بنيته بمالي، وحلف على ذلك، لكانت له نفقته عندهما جميعاً وقد مضى

القول في سماع أشهب على قوله وإنما يعطي قيمة كل عمران قائماً صحيحاً من عمَّر مواتاً فاستحق، فلا معنى. لإعادته. وقوله: وأما كل من أسِكن داراً أو أعمرها أو أرفق في مزرعة أو غيرها أو أعمر جناناً أو أرضاً حياة أحدهما أو إلى أجل من الآجال، أو إلى غير أجل، فعمر هؤلاء بالبنيان أو الغراس، ثم خرجوا طوعاً قبل أجل السكنى أو العمرى وخرجوا عند انقضاء الأجل، فإنما يعطوا قيمة ما عمروا مقلوعاً، وكذلك قال لي مالك والليث، يريد: سواء أذن له في البنيان أو لم يأذن، وقد نص على ذلك في المدونة، خلاف ما حكي ابن حبيب في الواضحة عن مالك من رواية مطرف وابن الماجشون، قال: كل من بنى في أرض قوم أو غرس بإذنهم وعلمهم فلم يمنعوه، فله قيمة ذلك قائماً كالباني بشبهة، وكذلك كل من تكارى أرضاً أو منحها إلى أجل أو غير أجل، ثم بنى فيها بإذنهم وعلمهم، أو لم يستأذنهم ولم يمنعوه ولا نهوه، فإن له قيمته قائماً إذا أراد أن يخرج، وكذلك من بنى في أرض بينه وبين شريكه بعمله، فله قيمته قائماً، وكذلك من بنى في أرض امرأته وبعلمها، قال مطرف وابن الماجشون: ما علمنا اختلف فيه قول مالك ولا أحد من أصحابه: ابن أبي حازم وابن دينار، والمغيرة، وغيرهم، وبه القضاء بالمدينة، وقاله ابن كنانة وابن مسعود، وابن نافع وشريح، وروى ابن وهب فيه حديثاً للنبي عليه السلام. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصلاة

وقال في الرجل يفتات على الرجل فيبيع أمته وهو غائب، فإذا علم بذلك المشتري، أراد تعجيل ردها فقال البائع: لا أقبلها حتى يقدم سيدها، فإنه سيمضي البيع، قال: يلزمه تعجيل ردها وغرم الثمن، لأن المشتري لا يحول له وطء فرج لا يدري أيمضي السيد بيعها أم لا؟ قلت له: أرأيت إن لم يعلم المشتري حتى قدم سيد الأُمة، فأمضى البيع؟ قال: يثبت البيع ويمضي، ولا حجة للمشتري في ردها إن قدم سيدها قبل أن يعلم المشتري بالذي غَرَّبه من شأنها. قال: وكذلك النفر يكونون شركاء في الأمة، فيغيب رجل منهم، فيفتات عليه الآخرون، فيبيعون جميع الأمة، ثم يعلم بذلك المشتري، إنه يردها، ولا ينتظر قدوم الغائب، قال: فإن حبسها حتى يقدم الغائب، فيأخذ نصيبه منها، ويريد أشراكه الباعة أن يلزموا المشتري حظوظهم من حساب باعوا منه جميع الأمة، لم يكن ذلك لهم إلا برضى المشتري، وذلك أنه يقول: إنما رغبت فيها، إذا كان ملكها لي تامّاً يحل لي فرجها، فأمّا إذا شركني فيها غيري فلا حاجة لي بحظوظهم، قال: ولو أنهم باعوا كلهم الجارية من رجل، فاستحق رجل حظ أحدهم

فأراد المشتري أن يردها بذلك، بأن يقول: لا أحبس أَمة لا يحل لي وطؤها، من أجل من شركني البيان فيها، فإن ذلك ليس له، من أجل أنه إنما اشترى حظ كل أحد من الشركاء، من صاحب ذلك الحظ نفسه، فلا حجة له على من لم يستحق حظه بما استحق من حظ غيره. قيل له: أرأيت إن استحقت الأَمة حرية ثلثها، وإنما باعها ثلاثة نفر، أيلزم المشتري حبس ما بقي؟ فقال: لا، لأن الذي استحق من حريتها، كان ثلثاً أو ربعاً أو خمساً، فهو يقع في جميع رقبتها، فمن حجته على الباعة أجمعين أن يقول لكل رجل منهم: قد استحق من يدي من حظك الذي بعتني من الأَمة بعضه، ولا أُريد أمة يشركني فيها غيرٌ ويحرم على فرجها، لذلك، فلا حاجة لي بها، فهي ردّ على جميعهم، إلا أن يرضى أن يحبس ما بقي طائعاً، قلت: أرأيت إن استحق من رقبة الأَمة جزء من الأجزاء، مثل ما استحقت هي من حريتها أيَجوز له ردها؟ قال: نعم، وإنما يلزمه حبس ما بقي من الأَمة إذا استحق بعضها، إذا كان الذي يستحق إنما هو حظ رجل من الشركاء بعينيه فقط.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يبيع أَمة رجل وهو غائب: إن للمشتري تعجيل ردها، وليس عليه أن ينتظر رأي صاحبها، من أجل أنه لا يحل وطء فرج، لا يدري أيمضي السيد بيعها أم لا؟ صحيح، مثل ما في كتاب الغصب من المدونة ولا خلاف فيه أعلمه، وأما إذا قدم سيدها فأمضى البيع وأراد المشتري الرد، فيتخرج ذلك على الاختلاف في العهدة، هل تنتقل عن البائع إلى سيد الأمة أم لا؟ وفي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أنها لا تنتقل على البائع، وهو قول سحنون، فعلى قياس هذا القول، يأتي قول ابن القاسم في هذه الرواية، إن البيع يلزم المشتري، وليس له أن يرد والقول الثاني إن العهدة تنتقل عن البائع إلى سيد الأمة، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، وحكاه أيضاً عنه سحنون. فعلى قياس هذا القول يكون للمشتري أن يرد الأمة وإن قدم سيد الجارية، فأجاز البيع، لأن من حجته أن يقول: لا أرضى أن تكون عهدتي عليك، لأني إنما رضيت بذمة البائع مني، لا بذمتك، وهو قول وحجة، وفي العهدة قول ثالث، وهو تفرقة أصبغ بين أن تكون الأمة قد فاتت أو لم تفت، وهو قول له وجه في النظر، إذ من حقّ سيد الأمة أن يضمن البائع الغاصب قيمَتَها إذا فاتت، فإذا كان ذلك من حقه فكأنها قد وجبت للغاصب، فلا تنتقل العهدة عنه، فعلى قياس هذا القول، إن جاء بها فأجاز البيع، وهي قائمة لم تفت، كان للمشتري الرد، وإن جاء وقد فاتت، فأجاز البيع، لم يكن للمشتري أن يرد لأن عهدته باقية على الذي اشترى منه ويشبه أن يقال: إن له الرد

على كل حال، انتقلت العهدة عن البائع الغاصب أو لم تنتقل، لأنها إن انتقلت عنه قال: لم أرض إلا بذمته، وإن لم تنتقل عنه قال: لم أرض بذمة غاصب، ويشبه أن يقال: إن ابن القاسم لم ير للمبتاع حجة في العهدة يجب له بها الرد، ولذلك قال: ليس له أن يرد مع أن الموجود له أن العهدة على سيد الأمة إن أجاز البيع فيتحصل على هذا في الرد أربعة أقوال: أحدها إنه لا يرد بحال، والثاني أن يرد بكل حال، والثالث إنه يرد على القول بأن العهدة على سيد الأمة، ولا يرد على القول بأن العهدة على البائع الغاصب والرابع إنه يرد إن جاء سيدها فأجاز البيع بعد أن فاتت، على قياس تفرقة أصبغ في العهدة بين الوجهين، على هذا كان من تقدم من الشيوخ يَحمل الاختلاف في انتقال العهدة في هذه المسألة. والذي يوجبه النظر في ذلك، أن الاختلاف في انتقالها، إنما هو إذا فات العبد أو الأمة فواتاً يوجب للمستحق تضمين الغاصب القيمة، ولا اختلاف في أنها تنتقل إذا لم يجب للمستحق إلا أخذه أو إجازة البيع وأخذ الثمن، ولا في أنها لا تنتقل إذا لم يجب له أخذه لفواته، حسبما نذكره في كتاب الغصب عند تكلمنا على رواية أصبغ، فيه إرث لثمنه، وتفرقته في الجارية تكون بين الشركاء، بين أن يغيب أحدهم فيبيع الباقون جميعاً، فيأتي الغائب فيستحق نصيبه، وبين أن يبيعوها، فيأتي رجل فيستحق نصيب أحدهم في أن للمشتري أن يرد ما بقي من الجارية على الذين باعوها منهم، إن كانوا باعوا منه جميعاً، وليس له أن يرد ما بقي في يديه منها، على الذين باعوه إياه، إذا كانوا لم يبيعوا منه جميعاً، وإنما باعوا منه حصصهم لا أكثر، صحيحة، إذ لا حجة له عليهم في استحقاق ما باع منه غيرهم، وإنما له الحجة عليهم في استحقاق ما استحق مما باعوا منه. وقد وقع في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات، مسألة حملها بعض الناس على أنها مخالفة لهذا، في أن المشتري ليس له أن يرد الباقي على البائعين منه، وإن كانوا هم باعوا منه جميع الأمة، وليس ذلك بصحيح من التأويل، على ما لعلنا سنذكره إذا مررنا به في موضعه إن شاء الله. وكذلك استحقاق جزء من الأمة بالحرية مثله، سواء أن كانوا باعوا جميعها، كان للمشتري أن يرد الباقي عليهم، كما ذكر ولو كان أحدهم قد أعتق نصيبه وهو معدمُ فلم يُقوَّم عليه نصيب أشراكه، ثم باعوا كلهم الأمة، فاستحق نصيب الذي أعتق نصيبه بالحرية، لم يكن للمشتري أن يرد الباقي منها على أشراكه البائعين منه، إذ لم يبيعوا هم منه الحظ المستحق بالحرية. وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

قال: وسألته عن الأرض تستحق بالعدول، ولا يثبتون حوزها، فيشهد على حوزها من الجيران غير عدول، أيتم بذلك الحكم لمدعيها مع يمينه؟ فقال: لا يشهد في الحوز وغيره غير العدول، ولا أرى أن يتم استحقاقها إلا بهم. قلت: فإن الغاصب ربما خلط دوراً وعوَّرَ حوزها حتى لا يثبتها أحد، ممن كان يعرفها لأهلها، ويحوزها لهم، فقال: يحوز المدّعى عليه ما أقر به، ويحلف على ذلك، ثم لا شيء عليه غيره. قلت: إذاً يقال ذلك جدا قال: أما إذا لم يقر موضع الباب أو ما يرى أنه ليس بشيء، فلا يقبل قوله: وإما أن يقربا بالبيت ونحوه، فليس عليه إلا ذلك مع يمينه، إلا ما حاز العدول للمدعي المغتصب.

قلت: فإن لم يقر إلا بموضع الباب أو نحوه، وأنت لا تعطى المغتصب إلا ببينة عادلة حائزة لما شهدوا عليه، فماذا يلزم الغاصب إذا لم يقر إلا بموضع باب أو جدار؟ فقال: أما إذا استدل على أن الغاصب يكتم مواضع الحوز بما يستنكر من أمره، حاز المدعي فاستحق ما حاز بيمينه، مع ما ثبت له من البينة على أصل الغصب.

قال محمد بن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف، وزاد قال: فإن قال المدعي لا أعرفه قد غير حدودها، وعمَّى معلومها، حيل بينه وبين الأرض جميعها حتى يقر له بحقه منها، قال: وقد قال ذلك مالك في غير الغاصب فالغاصب أحقّ بالحمل عليه، لأنه غاصب، مع ما يلزمه من الأدب الموجع والعقوبة البالغة، والسجن الطويل، فيما ثبت عليه من الغصب واهْتضام المسلمين حقوقهم. قال: وهذا إذا كان ممن له في تلك القرية أو حولَ تلك الأرض حقّ قبل ذلكَ ثم غصب هذه الأرض، فضمها إلى حقه. وأما لو ثبت أن أول دخوله فيها، بسبب هذا الغصب الذي ثبت عليه، اكتفي المشهود له من شهوده بأن يشهدوا له وأنه غصبه الأرض، وإن لم يجدوها، ولم يسأل المشهود عليه، كم لهذا منها. وأخرج منها جميعاً حتى يأتي ببينة على ما ادعاء فيها بعد دخوله من شراء صحيح، أو حقّ يثبت له. وقد قيل: إن الشُّهود إذا لم يثبتوا حول الأرض بتعوير الغاصب لها كان القول قول المغصوب منه، حكى ذلك يحيى بن يحيى عن غير ابن القاسم في المبسوطة وأخذ به، واستحسنه بعد أن حكى عن ابن القاسم مثل قوله ها هنا وعن ابن وهب أيضاً وكذلك قال ابن كنانة ومطرف في الغاصب ينتهب من رجل مالاً في صرة، والناس ينظرون فيطرحه حيث لا يوجد، إن القول قول المنتهب منه، خلاف قول مالك في رسم اغتسل من سماع ابن

القاسم من كتاب الغصب في المسألة بعينها، وخلاف هذه الرواية، إذ لا فرق بينها وبينها في المعنى، وقد قيل: إن الشهادة باطل إذا لم يحقق الشهود ما شهدوا به ولا حازوه، وقيل إن المشهود عليه يسجن بهذه الشهادة، ويضيق عليه، حتى يبين له بحقه، ويحلف عليه، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم، في كتاب الغصب قال أصبغ: وإن أنكر الجميع بعد الحبس أحلف كما يحلف المدعَى عليه، بغير شهادة، وقيل: إذا لم يدر الشهود كم حقه من الأرض، نزلوا على ما لا يشكون فيه، ثم دفع إلى المشهود له، وهو قول ابن كنانة، وكذلك إذا شهد الشهود للرجل أن رجلاً غصبه أرضاً في قرية لا يعرفون موضعها، يختلف في ذلك أيضاً هل تبطل الشهادة أو يكون القول قول الغاصب؛ أو قول المغصوب منه؟ وقد فرق لدي المجموعة ابن القاسم بين أن يشهد الشهود أنه غصبه أرضاً لا يعرفون موضعها أو أنه غصبه أرضاً بعينها، لا يثبتون حوزها، وذلك أنه ذكر فيها أعني في المجموعة نص رواية عيسى عنه في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الغصب، إن الشهادة باطل، وزاد عليها قال: ولو شهدوا على الأرض ولم يثبتوا الحوز، فذكر نص رواية يحيى، هذه حرفاً بحرف، فبان بهذا افتراق المسألتين عنده، فعلى هذا ليست رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الغصب بمخالفة لرواية أصبغ فيه، ولا لرواية يحيى هذه وإنما الخلاف بين هذه الرواية ورواية أصبغ في كتاب الغصب. ويتحصل في المسألة ستة أقوال: أحدها إن الشهادة باطل لا توجب حكماً. والثاني إنها توجب الشهادة على المشهود عليه. والثالث إن البينة تُستنزل إلى ما لا يشك فيه، والرابع إن القول قول المغصوب منه، والخامس إن القول قول الغاصب، إلا أن يأتي بما لا يشبه، فيكون القول قول المغصوب منه، على ما وقع في رواية يحيى هذه. والسادس الفرق بين أن يشهد الشهود على الأرض بعينها، ولا يعرفون حدودها، وبين أن لا يُعينُوا الأرض وإنما يشهدون أنه غصبه في القرية أرضاً لا يعرفونها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسئل عن الرجل يدعي القرية فيستحقها بالعدول، فلما أُمر الشهود أن يحوزوا ما شهدوا له عليه، حازوا القرية بحدودها، وقرية إلى جنبها في أيدي قوم لم يخاصموا، فقال: القومُ الذين حيز ما في أيديهم، ممن لم يخاصم: نشهد أن الذي في أيدينا والذي قضى به لفلان، ليس لنا فيه شيء، ولا للمقضي عليهم ولا للمقضى له، ولكنه كله يجوز حدوده لرجل ذكروه غائب تركه في أيدي آبائنا أجمعين إرفاقاً منه

لهم، يريدون أباهم وأبا المقضي عليهم، والمقضي له، وهم عدول غير متهمين، أتجوز شهادتهم أم لا؟ قال: لا شهادة لهم، لأنهم مرتفقون، يجرون إلى أنفسهم بشهادتهم، ويريدون أن يقر بأيديهم ما أرفقوا به، فشهادتهم عندي غير جائزة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله: إن الشهادة غير جائزة، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تَجُوز شَهَادَةُ خَصْم وَلا ظَنِينٍ وَلا جَارٍ لِنَفْسِهِ "[1]. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وسألته عن الرجل يموت عن منزل ويترك ورثة غيباً في بلد غير بلده الذي هلك فيه، بعيداً أو قريباً، فمكث المنزل زماناً طويلاً، نحواً من أربعين سنة، ثم يقدم ورثة الهالك، فيجدون المنزل في أيدي قوم قد ورثوه عن أبيهم، ولعل أباهم قد ورثه عن جده، فيدعيه ورثة الهالك الغائب عنه الذي كانَ أَصله له معروفاً، فيقول: هذا منزل أبينا ورثناه عنه ونحن غيب، لم ندخل هذا البلد منذ هلك إلى اليوم، ويقول الذين في أيديهم المنزل لم ندر من أنتم ولا ما تقولون، غير أن هذا المنزل ورثناه عن أبينا فهو في أيدينا منذ زمان طويل، ولعل أبانا إن كان أصل المنزل لكم كما تقولون، قد اشترى منكم بمكانكم الذي كنتم فيه، ولا علم لنا بشيء من أمره، إلا أنّا ورثناه. قال: الأمر فيه إن شاء الله، أن يُسأل الذي زعم أن أصله له معروف، إلى أن هلك فيه أبوه وهو غائب، بغير ذلك البلد، البينة على ذلك، فإن جاء بها أو أقر بذلك الذين في المنزل، وكانت غيبتهم عنه ببلد بعيد، مثل أن يكون المنزل بالأندلس، أو ما أشبهها، والذين ادعوها بمصر، أو بالمدينة، أو نحو ذلك من البعد، فيسأل الذين هم فيه، من أين صار لهم بعد وفاة الذي ورثه هو لا الغائب عنه؟ فإن أحقوا حقاً باشتراء أو غيره، مما يستحق به المدعي ما ادعى، كان ذلك لهم، فإن لم يثبت لهم اشتراء ولا هبة، ولا وجه يستحقونه به، إلاّ ما ادعوا من تقادم ذلك في أيديهم، وتوارث ذلك بعضهم عن بعض، فإني لا أرى لهم حقاً، والحق فيه لصاحب أصله إذا قامت له بالأصل بينة أو أقر له بذلك خصماؤهم، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يَهْلِكُ حَقُّ امْرِى مُسْلِمٍ وَإِنْ

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٢٢٢)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١٢٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٩٢٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٢١٠).

قَدُمَ[١]" مع ما رأيت لأهل أصل المنزل من العذر لغيبتهم في بُعد بلدهم عن ذلك المنزل. وأما إن كانت غيبتهم قريبة، بحيث يعلمون أن منزلهم قد صار إلى غيرهم، وأنه يتوارث وينشأ فيه العمل، وينسب إلى غيرهم، فلا يقومون بتغيير ذلك، ولا ينكرونه، حتى يطول الزمان كما ذكر، فلا أرى له فيه حقاً، وهو لمن كان بيده، ورث ذلك عن أبيه وجده، أو لم يرث بعد أن تطول عمارته له، وحيازته إياه بمثل ما ذكرت من الزمان وشبهه، فإن علم الغيب في بعدهم، ما صار إليه منزلهم من حيازة قوم له، فتركوا الخروج إلى قبضه، وتركوا الاستخلاف على ذلك، بعد علمهم بما صار إليه، من حيازة من حازه، وهم قادرون على الخروج إلى حقهم لقبضه، والاستخلاف على ذلك حتى يطول الزمان، فأراهم فيما ضيعوا من حقهم، بمنزلة الحضور، لا حقّ لهم فيه إذا طال زمان حيازة القوم بعمارته، وإن كان لهم في ترك ذلك عذر يتبين للسلطان بأن يضعفوا عن الخروج، ويطلبون من يستخلفون، فيعجزهم ذلك، ولا يقدرون عليه، فأراهم على حقهم، وإن قدم زمانه وتطاول أمره، لبعد بلدهم، وما ظهر للسلطان من عجزهم.

محمد بن أحمد لم يُعذر المحوز عليه في هذه الرواية بقرب الغيبة، وقد تقدم مثل هذا وخلافه في رسم الجواب من سماع عيسى ومضى من القول على ذلك هنالك، ما فيه كفاية فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألت ابن وهب عن الإخوة يرثون المنزل عن أبيهم، والمنزل إنما هو أرض بيضاء تحرث، فيكون في يد بعضهم نصف المنزل وثلثه، أو ربعه على غير قسم، يحرث كل رجل منهم في ذلك المنزل، بقدر قوته، فيكونون على هذا الحال، حتى يموت أحدهم، وفي يده أكثر القرية، فإذا أراد من بقي من الإخوة أن يقسموا المنزل على سهامهم، منعهم وَلَدُ أخيهم الميت مِمَّا في أيديهم، وقالوا هذا ما كان في يد أبينا وقد صار موروثاً لنا دونكم، وقد كان أبونا يحوزه دونكم وأنتم حضور، ويقول أعمامهم: إنما كنا تركناه على وجه المرفق، ولم نكن قسمنا شيئاً، فكان كل واحد يرتفع فيه بقدر حاجته.

قلت: أيستحق ولدا لها لك من الأخوة ما هلك عنه أبوهم على هذا الوجه، حتى

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٤٧٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢١٤٦)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٢٨٤٧).

لا يكون فيه للأعمام حق؟ قال: أرى إذا لم يكن لبني الأخ فيه دعوى غير حيازة أبيهم له، ووراثته ذلك عنه، وهم مقرون بالأصل لجدهم أو تقوم به البينة عليهم، أن يقسم على الأعمام، ولا يكون لبني الأخ الهالك إلا نصيب أبيهم على كتاب الله، بعد أن يحلفوا الأعمام بالله، ما باعوا من أخيهم الميت، ولا وهبوا له، ولا صار له فيه، إلى أن هلك عنه، إلا سهمه الذي ورث معهم عن أبيهم، ثم يقسمونه على فرائض الله. قال: وسألت عن ذلك ابن القاسم، فقال لي مثلَ ما قال ابن وهب، غير أنه قال: إلا أن يكون الأخ الهالك وهب شيئاً من تلك الأرض أو تصدق بها، أو نحلها أو أصدقها، أو باعها أو صنع أشباه هذا مما لا يقضي به الرجل إلا في خاصة ماله، فيكون أحقّ لما أحدث فيه بعض هذه الوجوه، إذا صنع ذلك بحضرة إخوته وعلمهم، فلم ينكروه عليه، قال: قلت له: أرأيت ما كان يكري من تلك الأرض باسمه، ويغل كراءها لنفسه دونهم، أيستحق ذلك بذلك الكراء أم لا؟ فقال لي مرة: نعم، هو له دونهم، إذا كان يكريه باسمه، فلا ينكرون ذلك عليه، ثم سألته يوم سألت ابن وهب، فأمسك عنه، ومرَّضه، وكأنه لم يرهُ حوزاً يستحق به دونهم شيئاً.

قال الإمام القاضي: قوله في هذه المسألة: قال: أرى إذا لم يكن لبني الأخ فيه دعوى غير حيازة أبيهم له، ووراثة ذلك عنهم، وهم مُقرون بالأصل لجدهم، أو تقوم به البيِّنة عليهم، أن يقسم على الأعمام، ولا يكون لبني الأخ الهالك إلا نصيب أبيهم علي كتاب الله، دليل على أنه لو كان لهم فيه دعوى بأن يقولوا قد ابتاعه أبونا منكم، أو قد صار إليه من قبلكم بوجه كذا وكذا، لاستحقوه بحيازتهم، وهو خلاف المشهور في المذهب من أن الأوراث لا حيازة بينهم بالسكنى والاعتمار والازدراع، مثل ما تأوله بعض الناس على ظاهر ما في المدونة حسبما ذكرناه في رسم يسلف من سماع ابن القاسم. وقوله بعد أن يحلف الأعمام، هو على الاختلاف المعلوم في لحوق يمين التهمة، إذ قد نص أنهم لم يدعوا عليهم بحقيق دعوى في بيع ولا غيره. وقول ابن القاسم: إلا أن يكون الأخ الهالك وهب شيئاً من تلك الأرض، أو تصدق بها أو نحلها، أو أصدقها أو باعها، أو صنع أشباه هذا، مما لا يقضي به الرجل إلا في خاصة ماله، فيكون أحقّ لما أحدث فيه بعض هذه الوجوه، معناه: إذا فعل ذلك في الأكثر.

وقد مضى تفصيل القول في ذلك وتفصيله في رسم يسلف من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته. واختلاف قوله في الاستغلال، كاختلاف قوله في الهدم والبنيان، مرَّةً رأى الحيازة بذلك عاملة بين الأوراث، ومرة لم يرَ ذلك. والله الموفق.

مسألة:

وسألت ابن وهب عن الرجل يساكنه في داره المعروفة له، أو القرية، أختانه ومواليه، عتاقه زماناً طويلاً، أو يسكنهم دوراً أو قوىً فيعايشونه زماناً، وذلك في أيديهم حتى مات، فأراد أن يستحقوا ذلك بتقادمه في أيديهم، وقالوا: ليس علينا أن نُسأل عما في أيدينا من أين هو لنا؟ قلت: وكيف إن ماتوا؟ فقال ورثتهم: لا علم لنا كيف كان هذا الحقّ في أيدي آبائنا؟ أو مات صاحب الحقّ والذين أسكنوا، فتداعى فيه ورثته، وورثة الذين أسكنوا، فقال ابن وهب: كل ما سألت عنه من هذا الوجه عندنا، بمنزلة واحدة، الحقُّ فيه لصاحب المسكن، ولورثته، مات هو أو مات الذين أسكنوا أو مات هو وهم، ولم يبق منهم إلا ورثتهم، إلا أن يأتوا ورثة الذين أُسكنوا بأمر يستحقون به ما كان بأيدي آبائهم من عطية أو صدقة أو اشتراء، أو وجه من وجوه الحق، ينظر لهم فيه، فإما تقادَم ذلك في أيديهم أو أيدي آبائهم قبلهم، والأصل معروف للمسكن، فإنهم لا يستحقون بذلك شيئاً. وسألت عن ذلك ابن القاسم، فقال لي مثل قول ابن وهب، غير أنه قال: إنما يكون ذلك على هذا الوجه، إذا كان أهل ذلك الموضع، يعرف منهم التوسع للموالي والأختان، ومن يساكنهم، فأما أهل بلد لا يعرف فيهم أن يحوز أحد منهم مال أحد إلا باشتراء أو عطية أو أشباه ذلك، فإني أقول: إن الحائز لما سألت عنه أولى بما حاز، إذا كانت حيازته العشر سنين أو ما قاربها إلا ما حيز على غائب، فإنه أولى بحقه، لا يقطعه تقادم ذلك في يد من حازه في مغيب صاحب أصله، ألا يأتي الحائز ببينة على أصل اشتراء أو سماع فاشٍ أو شيء يذكر به اشتراء ذِكْراً ظاهراً، فيكون أحقّ بما حاز مع تقادم ذلك في يديه.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن وهب وابن القاسم، في الأختان والموالي إنهم في الحيازة بمنزلة القرابة، مثل ما تقدم من قول ابن القاسم في أول رسم من هذا السماع، خلاف قوله في رسم شهد من سماع عيسى إنهم بمنزلة الأجنبيين، وقول ابن القاسم: إنما يكون ذلك على هذا الوجه، إذا كان أهل ذلك الموضع يعرف منهم التوسع، إلى آخر قوله، تفسير ما أجمل من قوله: لا اختلاف عندي أنهم بمنزلة القرابة، إذا عرف منهم التوسع من بعضهم لبعض، وأنهم بمنزلة الأجنبيين، إذا عرف منهم التشاح بينهم، وإنما الاختلاف المذكور، إذا اجهل حالُهم على ما يحمل أمرهم، فمرةً حملهم محمل القرابة، ومرة حملهم محمل الأجنبيين. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: ولم يكن مالك يرى الأجنبيين فيما حازوا من مال غائبٍ، أو حاضر أجنبي، بمنزلة الأقارب، كان مالك يقول: ليس بينهم حوزٌ وإن قدُم. قال يحيى: معناه عندي فيما ذكر من الأقارب، إنما يريد أهل الميراث فيما حازوا بعضهم عن بعض فيما ورثوا.

محمد بن أحمد قوله: ولم يكن مالك يرى الأجنبيين فيما حازوا من مال حاضر أو غائب، بمنزلة الأقارب، يريد: من مال غائب قريب الغيبة، أو حاضر، لأن الغائب القريب الغيبة، هو الذي يحوز عليه الأجنبي، كما يحوز على الحاضر على اختلاف قدمنا القول فيه في رسم الجواب من سماع عيسى. فقول مالك هذا مثلُ أحد قولي ابن القاسم، في أن القريب الغيبة، بمنزلة الحاضر، يحوز عليه الأجنبي، وأما البعيد الغيبة، فلا اختلاف في أنه لا يحوز عليه في مغيبه القريب ولا البعيد. وقوله: كان مالك يقول: ليس بينهم حور، وإن قدم، يريد: وإن هدموا وبنوا وهو مثل القول الذي رجع إليه فيما تقدم في رسم الكبش، وهو قوله فيه، ثم رجع ابن القاسم فيما يحوزه الوارث على أشراكه بالهدم والبنيان والغرس، فلم ير ذلك يقطع حقّ الوارث من ميراثه. وقوله وقول يحيى معناه: فيما ذكر من الأقارب إنما يريد أهل الميراث فيما حازوا بعضهم عن بعض فيما ورثوا، هو نص قول ابن القاسم في رسم الكبش المتقدم، إن ذلك بين الورثة بخاصة، وفي قوله: بين الورثة بخاصة، دليل، هو كالنص، شي أن القرابة إذا لم يكونوا أوراثاً مشتركين في الحيازة بعضهم على بعض، بخلاف الأوراث المشتركين، فيحوز بعضهم على بعض بالعشرة الأعوام، مع الهدم والبنيان. وقد اختلف قولُه في ذلك، فنص في المسألة التي بعدها على أن القرابة غير الأشراك، والموالي والأختان، بمنزلة القرابة الأشراك أهل الميراث، لا حيازة بينهم بطول العمارة، وإن هدموا وبنوا إلا أن يطول ذلك جداً، يريد فوق الأربعين سنة، كما قال في الأوراث. وقد قال بعض أهل النظر: إن قول يحيى في هذه الرواية، معناه إلى آخر قوله، وقول ابن القاسم في رسم الكبش بين الورثة بخاصة، إنما يدل على أن الأوراث في حيازة بعضهم على بعض ما ورثوه، بخلاف الأشراك الأجنبيين في ذلك.

وقد مضى تمام القول في هذا المعنى في رسم الكبش المذكور، فلا معنى لِإعادته. والله الموفق.

مسألة:

قال: وسألت ابن وهب عن الرجل يموت ويترك بنيه وأباه فيقر الجد بني ابنه بمالِهم، لا يقبض منهم شيئاً من ميراثه، حتى يموت، فيطلب ذلك بنوه الذين ورثوه، وهم إخوة الميت الأول، أعمامُ الذين الحقّ في أيديهم، أيكون سكوت الجد عن طلب سهمه، حتى مات إبطالاً له أم لا؟ فقال: حدثني من أرضى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قال: " لا يَهْلِكُ حَقُّ امْرِىء مُسْلِم وَإِنْ قَدُمَ " فأرى سهم الجد لورثته على كتاب الله، إلا أن يأتي بنو ابنه بالبينة أنهم بروا إليه من ذلك، أو تصدق به عليهم، أو باعه منهم، فأما أن يستحقوا ذلك بتقادمه في أيديهم وسكوت الجد عنه، فلَا أرى ذلك. قال يحيى: وقال ابن القاسم مثل قول ابن وهب.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم وتكرر، ومضى القول فيه من أنه لا حيازة بين الأوراث، وإن طالت المدة، إلا أن يهدموا ويبنوا ويغرسوا على اختلاف في ذلك، فإن كان البنون لم يحدثوا فيما بأيديهم هدماً ولا بنياناً ولا غراساً، فلوَرثة الجد سهمُه باتفاق، وإن كانوا أحدثوا ذلك فيما في أيديهم، كان لورثة الجد سهمه على مواريثهم، على قول ابن القاسم الذي رجع إليه، على ما مضى له في رسم الكبش، إلا أن تطول المدة مع ذلك بالدهور، إلى ما فوق الأربعين عاماً، وقوله في الرواية: إلا أن يأتي بنو ابنه بالبينة أنهم بروا إليه من ذلك أو تصدق به عليهم غلط، وصواب الكلام، إلا أن يأتي بنوه، بالبينة أنه بريء إليهم من ذلك. وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

ومن كتاب أول عبد ابتاعه فهو حر

قال وسألته عن الرجلين تداعيا في أرض، فبذرها أحدهما فولا ثم أعقب الآخر فبذرها قمحاً على قول صاحبه، وقَلَب ما نبت منه، فاستهلك بذلك الفول، ثم اختصما، فاستحقها الذي كان بذرها فولاً، فقال: إن كان استحقها في أول عمل، كان كراؤها له على الذي بذر القمح، ويكون زرعها للذي بذره، ويغرم صاحب الحقّ لرب الأرض الذي استحقها مع كرائها، قيمة الفول الذي استهلك، وذلك أنه كان زرعها على ما كان يدعي من حقه في الأرض، ولم يكن غاصباً لها. قال وإن استحق الأرض ربها، وقد فات أوانُ العمل، فلا كراء لمستحقها، على الذي بذَر قمحاً والقمح للذي بذره، وعليه غرم قيمة الفول الذي استهلك على كل حال.

قلت ما الذي أوجب عليه كراء الأرض إن استحقت في أوان العمل ووضع ذلك عنه إن استحقت، وقد فات أوان عملها فقال: لأنها حين استحقها في أوان العمل، كان

أحقّ بأرضه والانتفاع بها، فلما وجدنا فيها بذر رجل بشبهة، لم يجز لنا أن نأمر مستحقها بفساد ذلك البذر، وأمضيناه للذي بذره بالشبهة، وأغرمنا لرب الأرض، كراء الأرض لما منع من الانتفاع بها، وقد استحقها في أوان عملها، ولو كان غاصباً أُمر مُستحقها بطرح ما فيها، ولم يحل بينه وبين الانتفاع بأرضه، إلا أن يشاء أن يقر البذر لصاحبه ويأخذ كراء أرضه فذلك له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن الرجلين إذا تداعيا في أرض، وهي بأيديهما جميعاً، وليست في يد واحد منهما، فزرعاها جميعاً، أحدهما بعد الآخر، فأفسد الآخر زرع الأول إن للأول على الثاني قيمة زرعه الذي أفسده، لأنه زرعه بوجه شبهة على ما يدعي من حقه، وليس له أن يقلع زرع الباقي، وإن استحق الأرض في الإبان لأنه زرعه أيضاً بوجه شبهة على ما يدعي من حقه. وقوله: إن الثاني يغرم للأول قيمة الفول الذي أفسد عليه على كل حال، استحق هو الأرض، أو استحقها الذي أفسد الفول، يريد قيمة الفول على الرجاء والخوف، كان أفسدها بعد أن نبتت، ولو كان حرث الأرض وزرعها قبل أن ينبت الفول، لكان عليه مكيلة الفول، إن علمت، أو قيمة ما يزرع في مثلها من الفول إن جهلت، ولا يدفع إليه فولاً، مخافة أن يكون أقل أو أكثر، فيدخله التفاضل فيما لا يجوز التفاضل فيه. هذا إذا اتفقا على الجهل بالمكيلة، وأَما إن تداعيا في ذلك، وادعى كل واحد منها المعرفة، فالقولُ قول الغارم مع يمينه، إلا أن لا يشبه قوله، فيكون القول قول صاحبه، إن أشبه قوله أيضاً، وإن لم يشبه قول واحد منهما حلفا جميعاً وكان عليه قيمة ما يزرع في مثل الأرض من الفول، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما، وإن لم يشبه، لأن صاحبه قد أمكنه من دعواه بنكوله، وإن ادعا أحدهما المعرفة وذلك يشبه، كان القول قوله. وقوله: إنه ليس للذي استحق الأرض أن يقلع زرع الثاني، وإن كان الإبان لم يفت، صحيح، لا اختلاف فيه، لأنه زرع بوجه شبهة على ما يدعي من حقه في الأرض، ولو لم تكن له شبهة في دعواه، لكان حكمه حكم الغاصب، مثل أن يأتي إلى الأرض رجل بيده، فيزرعها في مغيبه، ويدعي أنها له بوجه يذكره، ولا يأتي على ذلك بينة ولا سبب. وقوله في الرواية ولو كان غاصباً أُمر مُستحقها بطرح ما فيها، ولم يحل بينه وبين الانتفاع بأرضه، صحيح، وهذا إذا كانت له قيمة منفعة إن قلعه، ولو لم تكن له فيه منفعة إن قلعه، لما كان له أن يقلعه، ويكون لرب الأرض، ولو أراد إذا كانت له فيه منعة، أن يتركه لرب الأرض لم يكن ذلك له، إلا أن يرضيه، إذ لا يلزمه قبول معروفه، ولو أراد ربّ الأرض

أن يأخذه بقيمته مقلوعاً، لكان ذلك له، لأنه في أرضه، ويدخل بالعقد في ضمانه، وهو ظاهر ما في كتاب كراء الأرضين من المدونة وقيل: إن ذلك لا يجوز، لأنه بيع الزرع قبل أن يبدو صلاحه. وهو دليل ما في سماع سحنون من كتاب المزارعة. وإذا قلعه وقد مضى من الإبان بعضه، كان عليه قيمة ما مضى من الإبان، وهو ما بين قيمة كراء الأرض في أول الإبان، وفي الوقت الذي قلع فيه زرعه، وقد قيل: إن من حقّ المستحق أن يقلع الغاصب زرعه، وإن خرج الإبان ما لم يسنبل الزرع، وقد مضى ذلك ووجه القول فيه في نوازل أصبغ، من كتاب كراء الأرضين، وقوله: إلا أن يشاءَ، أن يقر البذر لصاحبه، ويأخذ كراء أرضه، فذلك له، معناه: إذا رضي بذلك الغاصب، ولو لم يكن للغاصب فيه منفعة، إذا قلعه لما للمستحق أن يترك الأرض بالكراء، وإن رضيا لأنه بيع للزرع بالكراء، إذ قد وجب للمستحق. قال ذلك محمد وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن الذي يسكن القرية وليس له فيها إلا مسكنه أو شيء اشتراه بعينه، ليس من أهل الميراث، ولا ممن اشترى من أهل الميراث سهماً، فيعمر من عامرها أرضاً يَخْترقها ويدللها ويزرعها زماناً، وأهل القرية حضور، لا يغيرون عليه، ولا يمنعونه من عمله، ثم يريدون إخراجه، قال: ذلك لهم، إلا أن تقوم له من عمله، ثم يريدون إخراجه، قال: ذلك لهم، إلا أن تقوم له بينة على اشتراء أو هبة أو حق، يترك له به ما عمَّر، إلا أن يطول زمانه أو أرضه أم تراه بحال الوارث، أو المولى مع مواليه؟ قال ينظر فيه السلطان، على قدر ما يعذر به أصحاب الأصل في سكوتهم، لما يعلم من افتراق سهامهم، وقلة حقّ أحدهم لو تكلم فيه، فإنه يقول: منعني من الكلام سكوت أشراكي، وقلة حقي، فلما خفت تطاول الزمان، وما يحدث من دَعوى العامر، تكلمتُ فيه، فأراه أعذر من الذي يستحق عليه من خاصة داره، أو خاصة أرضه شيئاً، ولا أبلغ به حدّ الورثة فيما بينهم، ولا حدّ المولي الذي يرتفق في أرض مواليه، أو الصهر في أرض أصهاره، إلا أن يكون ذلك العامر للرجل أو الرجلين، أو النفر القليل، فلا يعذرون بسكوتهم، يحملون فيما عمر جارهم من غامر من أرضهم، على ما يحمل عليه من حين عمله عليه من داره أو أرضه شيء قال: وهم فيما يعمر بعضهم من غامرهم المشترك، أعذر في السكوت، وأوجب حقاً وإن طال الزمان جدا.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة، قد بين ابن القاسم فيها وجه قوله في تفرقته بين الوجهين، وجعله الذي عمر من غامر القرية وهو ممن لا سهم له فيها بين

المنزلتين، بما لا مزيد عليه.

وقد مضى القول على كل واحد منهما بانفراده في رسم الكبش وغيره من هذا السماع، وفي رسم يسلف من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك. وقوله وهم فيما يعمر بعضهم من غامرهم المشترك، أعذر في السكوت، يريد إن الورثة فيما حازه بعضهم على بعض من الغامر أعذر في السكوت على ما حازوا من العامر، وذلك بيّن لأن التشاح من المعمور، أكثر من التشاح في البور، ورأيت لبعض أهل النظر، تنبيهاً على هذه المسألة، قال: انظر إن كان بنى في هذه الأرض التي أحياها أو غرس، ولم يكن له فيها حقّ إن كان يأخذ قيمة ذلك قائماً عند خروجه عنها أو مهدوماً منقوضاً، والذي أقول به في ذلك، على أصولهم، ومنهاج قولهم، إنه إن كان بنى في ذلك الغامر على أنه حقّ له يدعيه بوجه من الوجوه، التي يصح بها الملك، واحتج عليهم في ادعائه ذلك ملكاً لنفسه بسكوتهم عنه، فله قيمة بنيانه قائماً لشبهة الملك الذي يدعيه وقد مضى بيان هذا في المسألة التي قبل هذه، وأما إن كان لم يدع ذلك ملكاً، وإنما أراد أن يستحقه عليهم بسكوتهم عنه، وحيازته ذلك عليهم، فيتخرج ذلك على الاختلاف في السكوت، هل هو كالإذن أم لا؟ فعلى القول بأنه كالإذن إن قاموا عليه بحدْثان ما بنى كان له قيمة بنيانه قائماً، وإن لم يقوموا عليه حتى مضى من المدة ما يرى أنه بنى لينتفع بنيانه إلى مثله، كان له قيمة بنيانه منقوضاً، وعلى القول بأنه ليس كالإذن يكون له قيمة بنيانه منقوضاً على كل حال، وهذا على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وأما على رواية المدنيين عن ملك، فيكون له قيمة بنيانه قائماً على كل حال.

وقد مضى بيان ذلك في آخر مسألة من رسم الكبش. وبالله التوفيق.

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون: وقال ابن القاسم في الرجل يهلك ويترك ولداً صغاراً وكباراً، فيكون في أيدي بعض الورثة بعض القرى المساكن، والعبيد والحيوان، فيطأ هذا الوارث بعض الجواري، ويبيع بعض العبيد، ويبني ويغرس في القرى ويكري المساكن أو بعضها وإخوتُه حضور، لا يغيرون ولا ينكرون، ثم قاموا وقالوا: ميراثنا من أبينا، فيقول هذا الوارث: قد كان أبي تصدق علي بهذا كله، وكانت بينتي حاضرة، فلما ماتت أو ذهبت، وذلك بعد أعوام، وقد كنت أبيع وأطأ وأفعل ما يفعله الرجل في حقه، وأنتم حضور، تريدون أن تقوموا علي، فقال: لا أرى لهم حقاً ولا حجة، إذا كان يفعل هذه الأشياء وهم حضور. قلت: قلت لابن القاسم: أرأيت ما لم يبع من العبيد، ولم يطأ من

الجواري، ولـم يفـوت مـن الـرباع بالبناء والغرس، لِمَ لا يكـون بينهم؟ قـال: هـو بينهـم. قال: وأما ما باع وقد فات بوطء، فليس لهم فيه شيء وأما ما بنى وغرس، وهم حضور أو استغل، فإن ذلك لا يقطع حقوقهم، لأن حوز القرية فيما بينهم ليس مثل الأجنبيين وفي العدا شك.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة في السؤال: ويبني ويغرس في القرى أو يكري المساكن، مع قوله في الجواب: لا أرى لهم حقاً ولا حجة إذا كان يفعل هذه الأشياء وهم حضور، هو خلاف قوله في آخر المسألة: وأما ما بنى وغرس وهم حضور، أو استغل فإن ذلك لا يقطع حقوقهم، لأن حوز القرابة فيما بينهم ليس مثل الأجنبيين وقوله وفي العدا شك يريد وفي البُعد الذين ليسوا من القرابة ولهم اختصاص بالحوز عليه كالموالي والأختان ففيهم شك، هل هم كالقرابة أو كالأجنبيين؟ ولهذا الشك اختلف قوله فيهم، فجعلهم في رسم شهد من سماع عيسى كالأجنبيين، وجعلهم في رسم الكبش من سماع يحيى كالقرابة. وقد مضى اختلاف قول ابن القاسم في البناء والغرس، يريد البناء الذي لا يشبه الإِصلاح في رسم الكبش من سماع يحيى ومضى اختلاف قوله في الاستغلال في رسم الأقضية منه. وأما قوله فيما لم يُفوَّت من ذلك بما ذكره من وجوه الفوْت، إنه بينهم، وفيما فُوت من ذلك إنه يستحقه بتفويته، فكان الشيوخ يحملونه على ظاهره في القليل والكثير، خلافاً لما في قرب آخر رسم الكبش منه.

وقد مضى تحصيل القول في هذا المعنى في رسم يسلف من سماع ابن القاسم، فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل هلك وترك ثلاثة من الولد، وترك ثلاثة أرؤس، فاقتسموا، فأخذ كل واحد منهم رأساً فمات منهم في يد الورثة واحد، واستحق آخر، وبقي آخر. قال: ليس على الذي مات العبد في يديه غرم شيء، وليس له أن يرجع على الذي بقي العبد في يديه بشيء، ويرجع هذا الذي استحق العبد من يده على أخيه الذي بقي العبد في يديه، فيأخذ منه ثلثه، ويبقى ثلثاه، فإن أخذ لهذا المستحق ثمن، كان ثلثا الثمن للذي استحق العبد من يديه، وثلثه للذي بقي العبد عنده، فإن لم يؤخذ له ثمن لم يكن للذي استحق العبد في يديه إلا ثلث العبد الباقي. قال الإِمام القاضي: المعنى في هذه المسألة إن العبيد الثلاثة، تساوت قيمتهم، فأقسموهم بالقرعة، لأن القسمة بالقرعة هي

التي يختلف فيها، هل هي تمييز حقّ أو بيع من البيوع؟ ويتخرج فيها على القول بأنها تمييز حقّ ثلاثة أقوال: أحدها قول ابن القاسم هذا، وهو قول مالك في سماع أشهب، من كتاب القسمة إن كل واحد منهم يضمن حقه الذي تميز له بالقسمة، فتكون مصيبته منه إن مات في يديه، فاستحق نصيب أحدهم، لم يكن للمستحق منه أن يرجع عليه بشيء، ولا كان له هو أن يرجع على من بقي حظه في يديه بشيء، لأن القسمة قد مضت فيما بينه وبينهما جميعاً، لتلافِ جميع حظه الذي تميز له بالقسمة في يديه بغير سببه، وتنتقص القسمة فيما بين الذي استحق نصيبه من يديه، وبين الذي بقي العبد في يديه، فيرجع عليه بثلثه، لأنه باع منه ثلثه بثلث العبد الذي استحق من يديه، فإن أخذ لهذا العبد المستحق ثمن، كان ثلثاه للمستحق منه، وثلثه للذي رجع عليه بثلث العبد، فيكون للمستحق منه العبد، ثلث العبد، الباقي، وثلثا الثمن، فاستويا لانتقاص القسمة فيما بينهما. وهذا إذا كان الثمن مثل قيمة العبد. فأقل، وأما إن كان أكثر من قيمة العبد، فالزائد على قيمته بينهم أثلاثا. قال ذلك ابن عبدوس، وهو صحيح، لأن الزائد على قيمته لم يدخل في القسمة، وقد اختلف على هذا القول، إذا لم يمت العبد، وإنما فوته الذي هو بيده بالهبة أو الصدقة أو العتق أو البيع، فقيل: إنه يضمنه بالتفويت للمستحق منه، فيكون له أن يرجع عليه بالقيمة يوم القسمة، وهو قول أشهب، وقيل: إنه لا يضمنه بشيء من ذلك، وإنما للمستحق منه في أن يرجع في عينه إن وجده عند الموهوب، له أو المتصدق عليه، وكذلك يرجع في عينه إن كان قد أعتق، ويقوم على المعتق إن كان موسراً، ويكون في البيع مخيراً بين أن يرجع في عين العبد عند المشتري، فيرجع المشتري بما ينوب ذلك من الثمن على البائع، وهو قول سحنون. والقول الثاني: إن القسمة تنتقص فيما بين المستحق منه وبين الذي بقي العبد في يديه، وفيما بين المستحق منه وبين الذي مات العبد في يديه، ولا تنتقص فيما بين الذي مات العبد في يديه، وبين الذي بقي العبد في يديه، فيكون على هذا القول ضمان ثلث العبد الذي مات من المستحق منه، وضمان ثلثيه من الذي مات في يديه، لأنه مات وثلثه للمستحق منه العبد، فمنه ضمانه، وثلثاه من الذي مات العبد في يديه، ثلث هو له، فكانت مصيبته منه، وثلثٌ عاوض به الذي بقي العبد في يديه، فكانت مصيبته منه أيضاً لأن القسمة فيما بينه وبينه لم تنتقص، فإن قبضة للعبد المستحق ثمن على هذا القول، كان بين جميعهم أثلاثاً، ويكون للمستحق العبد من يديه ثلث العبد الباقي، فيصح له ثلث العبد وثلث الثمن. وللذي بقي العبد في يديه، ثلثا العبد وثلث الثمن، وللذي مات العبد فيه

ثلث الثمن. حكى هذا القول ابن عبدوس ولم يسم قائله. والقول الثالث إن القسمة تنتقص بين جميعهم، فتكون مصيبة العبد الذي مات منهم كلهم، ويكون العبد الباقي بينهم. وإن قبضه في العبد المستحق ثمن كان بين جميعهم أيضاً. وهذا هو مذهب ابن الماجشون، أو أبيه عبد العزيز، على ما وقع من اختلاف الرواية في ذلك، في سماع يحيى من كتاب القسمة، وكذلك على هذا القول إن استحق من نصيب أحدهم يسيراً أو كثيراً وجد بحظه عيباً تنتقص القسمة بين جميعهم. وأما على القول بأن القسمة بيع من البيوع، فلا اختلاف في أن الذي استحق العبد من يديه، يرجع على العبد، بقي العبد في يديه بثلثه، وعلى الذي مات العبد في يديه، بثلث قيمته يوم صار إليه بالقسمة، فإن قبض للمستحق ثمن كان بين جميعهم أثلاثاً، وإنما يختلف على هذا القول، إذا استحق اليسير من نصيب أحدهم أو الكثير، فقيل: إذا استحق الكثير: إن القسمة تناقض، ويرد المستحق منه ما بقي في يديه، ويرجع على أشراكه فيما في أيديهم، إن كان قائماً أو في قيمته إن كان فائتاً، وقيل إنها لا تنتقض، فلا يكون له أن يردَّ الباقي في يديه، وإنما له أن يرجع على أشراكه فيما في أيديهم، فيشاركهم فيه، إن كان قائماً بقدر ما استحق من يديه، وإن كان قد فات ما بأيديهم، رجع عليهم بقيمة ذلك، دنانير أو دراهم. وأما إذا استحق اليسير، فلا تنتقض القسمة، ويرجع على أشراكه فيما في أيديهم، فيشاركهم فيه بقدر ما استحق من نصيبه، إن كان ما بأيديهم لم يفت بوجه من وجوه الفوت، فإن كان قد فات رجع عليهم بقدر ذلك دنانير أو دراهم، وقيل: ليس له أن يرجع عليهم فيما في أيديهم، فيشاركهم فيه. وإن كان قائماً، وإنما له الرجوع عليهم بقيمة ذلك دنانير أو دراهم، وهذا الاختلاف كله في هذا الوجه في المدونة. وكذلك اختلفا أيضاً في القسمة على التراضي بعد التعديل والتقويم، بغير قُرعة هل هي تمييز حقّ أو بيع من البيوع؟ وأما القسمة على التراضي دون تقويم ولا تعديل، ولا قرعة، فلا اختلاف في أنها بيع من البيوع، فلها حكمه في العيوب والاستحقاق، على ما قد ذكرناه في القسمة بالقرعة على القول بأنها بيع من البيوع، والأظهر في قسمة القرعة أن تكون تمييز حق، وفي قسمة التراضي بعد التعديل والتقويم أن تكون بيعا من البيوع. وبالله التوفيق.

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد الملك بن الحسن: سألت عبد الله بن وهب عن رجل كان بيده فُرْنٌ يغتله بحضرة إخوته، إلى أن مرضَ، فأوصى بذلك الفُرْن لامرأة من الناس، بحضرة عامة إخوته، فلم ينكروا عليه، ولم يدعوا فيه، ثم صح من ذلك المرض، فاحترق سقف

الفرن، فأنفق فيه وحده، وأَصلح بعض الفرن وزاد فيه، وكان يأخذ خراجه، ويرفق فيه من أحب إلى أن هلك، فلما هلك ادعى إخوته أن الفرن بينهم وبين أخيهم الهالك، وأقاموا البينة أن الفرن كان لأبيهم. واحتج ورثة الهالك أن الفرن كان في يديه حتى هلك بما نصصت من وصيته فيه، بحضرة عامتهم، وإصلاحه إياه وحده، وأخذه خراجه دونهم، فهل يكون الفرن للذي كان بيده على هذه الحال دون ورثة أبيه أم لا؟ قال: إن كان يلي الفرن بجميع ما وصفت، وكانوا كباراً يلون أنفسهم ليسوا بصغار أو سفهاء، يُولَّى عليهم، وكان حوزه ذلك السنين التي تكون حيازة، العشرة ونحوها وما أشبهها أو أكثر منها، فهو له إذا كان حيا، وادعاه دونهم، ولورثته من بعده إن كان ميتاً، وإن أقاموا البيّنة على الأصل أنه لأبيهم لم ينتفعوا بذلك، إذا كان كذلك، وإن لم يكن على ما وصفت لك في الحيازة أو كانوا صغاراً لا ينظرون إلى أنفسهم، أو تحت يديه أو غُيَّباً غيبةً طويلة أو بعيدة، وأثبتوا أن أصله كان لأبيهم، مات وترك ميراثاً بين جميعهم، ثبتت حقوقهم فيه، ولم يضرهم ما كان من ولايته إياه، وقيامه به. وقال أشهب: أرى أن الفُرن للمرأة التي أوصى لها به، ولا أرى للميت فيه شيئاً ولا لإخوته، لأنه قد حازه دونهم.

قال محمد بن رشد: إنما لم ير ابن وهب وصيته بالفرن بحضرة عامة إخوته حيازة عليهم. والله أعلم من أجل أنه لم يعين ولا سمَّى من لم يحضر ذلك منهم ولا علم، لأن كل واحد منهم يقول: أنا ممن لم أحضر ولا علمت، ولو ثبتت عليهم كلهم أنهم حضروا وصيته له، فلم يغيروا، ولا أنكروا ولا ادعوا فيه حقاً، لكان ذلك حيازة عليهم، أو على من ثبت عليه ذلك منهم، وإن كانت الوصية قد بطلت عنده فيه بإصلاحه إياه، وتعبيره له بالزيادة فيه، خلاف ما ذهب إليه أشهب. وهذا على الاختلاف فيمن أوصى لرجل ببقعة ثم بناها، هل يكون ذلك نقضاً للوصية أم لا يكون ذلك نقضاً لها؟ ويكون الموصى له شريكاً فيها مبنية بقيمة القاعة، وكذلك يكون الورثة مع الموصي لها بالفرن أشراكاً فيه بالزيادة، على مذهب أشهب، لا بما أنفق في إصلاحه، إذ لا اختلاف في أن الوصية بالدار أو الفرن ونحوه، لا تبطل بالرَّم والإصلاح. وقول ابن وهب. إن العشرة الأعوام حيازة في الفرن بيْن الإخوة الأوراث، مع التغيير بالبنيان، والانفراد بالاستغلال، هو مثل القول الذي رجع عنه ابن القاسم، في رسم الكبش من سماع يحيى.

وقد مضى القول على ذلك هناك مستوفى فلا معنى لإعادته. وقد مضى القول في مراعاة تحديد العشرة الأعوام في الحيازة في رسم شهد من سماع عيسى فلا معنى لإعادته ذكر ذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت عبد الله بن وهب عن القوم يكونون في المنزل، ولذلك المنزل بور وشعر، فاخترق بعض أهل ذلك المنزل في ذلك البور وخرقاً فزرعه وعمره بحضرة أشراكه وأقام في يديه، نحواً من ثمان سنين، أو عشرة، أو أكثر من ذلك إلى ما بينه وبين عشرين سنة، بحضرة أشراكه لم يغيروا عليه ولم ينكروا، ثم بدا لهم في طلب ذلك البور، ومحاصة صاحبه فيه وأرادوا أن يردوه بوراً ومرعى لعامتهم، كما كان أول مرة، فاحتج صاحب البور بعمارته له، منذ زمان طويل بحضرتهم، وهو مقرٌّ أنه كان بُوراً وقال: هي أرض اعتمرتها منذ زمان طويل بحضرتكم، أو كان صاحب تلك الأرض قد هلك وورثها ورثته، فادعوا أنهم ورثوا عن أبيهم أرضاً، كان يعتبرها منذ زمان، بحضرتكم فقامت عليهم البينة، أن تلك الأرض كانت من البور الذي كان بين أهل القرية كلهم، حتى اخترقها أبوهم الهالك، فهل ترد إلى حاله الأول بوراً كما كان أول أو يستحقه الذي هو في يديه بطول عمارته؟ فقال: إن كانت الشعر أو البور معروفاً للقوم، أو كان المخترق مقراً بذلك، أعطوه قيمته صحيحاً إن كان اعتمر بذلك بعلمهم ومعرفتهم، وهم يرونه لا يغيرون عليه، وذلك إذا كانوا كباراً هالكين لأنفسهم، فإن كانوا صغاراً ليس لمثلهم إذن فقيمته منقوضاً وإن كان البور ليس معروفاً لهم، ولا مشهوداً عليه، وأنكر وهو في يديه، يحوزه ويعتمله السنين التي في مثلها الحيازة، فلا حق لهم فيه.

قال محمد بن رشد: قوله فاخترق بعض أهل ذلك المنزل في ذلك البور يدل على أن للمخترق فيه حقاً، إذ هو منهم. وهذا هو الذي قال فيه ابن القاسم في آخر سماع يحيى: إنهم فيه أعذر في السكوت منهم في الأرض العامرة. وقد مضى الكلام على ذلك هنالك، ولم ير مشاركتهم لهم في الشعر شبهة، توجب أن يكون له قيمة ما عمر فيها قائماً، إن كان عمره بغير علمهم ولا إذنهم. وهذا مثل ما مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم. وفي ذلك اختلاف قد ذكرناه، هناك. وقوله: إنه إن كان عمره بعلمهم ومعرفتهم أعطوه قيمته صحيحاً ظاهره طالت المدة أو قصرت، فهو خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في تفرقته بين أن يقوموا عليه بحدثان البنيان أو بعد أن يمضي من المدة ما يرى أنه بني إلى مثلها، مثل رواية المدنيين عن مالك، في أن من بنى في أرض رجل بإذنه أو بعلمه، فله قيمة بنيانه قائماً وفي قوله في آخر المسألة: وإن كان البور ليس معروفاً لهم، ولا مشهوداً عليه فأنكر وهو في يده، يحوزه ويعتمله

السنين التي في مثلها الحيازة، فلا حقّ لهم فيه، نظراً لأن البور، إذا لم يكن لأهل المنزل فيه حق، فهو مواتٌ، يكون لمن أحياه بالعمارة، والإحياء على حكم إحياء الموات، فيما قرب وفيما بعد، حسبما مضى القول فيه في رسم القضية من سماع أشهب من كتاب السداد، والأنهار ولا يستحق شيئاً من ذلك على جماعة المسلمين، بطول الحيازة، كما يستحق على الواحد منهم بها ماله وملكه. وبالله تعالى التوفيق لا ربّ غيره.

مسألة:

قال: سألته عن الرجل تكون في يديه دابة، فتعرفها رجل، يزعم أنها سرقت منه، فقيم عليها البينة، أنها مسروقة منه، وأنها منتوجة عنده، أو عند الذي ابتاعها منه فيزعم الذي ألفيت في يديه أنه ابتاعها من رجل من أهل بلدة أُخرى فيكتب له القاضي إلى قاضي البلد، الذي زعم أن بائعه بها، بما قامت عنده لمدعيها من البينة عليها، وأنها منتوجة عنده أو عند من ابتاعها منه إلى أن أَنشدها مسروقة، وأنه قد قضي بها له ليرد بذلك رأس ماله من بيعه، فإذا ورد بذلك الكتاب على القاضي، أتاه ببيعه، فعرف الدابة وأقر ببيعها أعداه عليه بما كتب به إليه ذلك القاضي، ثم يزعم الذي أعدى عليه، أنه ابتاعها من رجل في كورة أُخرى ويسأل أن تدفع إليه الدابة، ويضع قيمتها على يدي عدل، ليدرك رأس ماله بها. وكتب له القاضي الذي كتب إليه بعد وضع قيمتها، إلى قاضي البلد الذي زعم أن بائعه به، فيأتيه ببائع الدابة فيعرفها، ويقر ببيعها، ويزعم أنها منتوجة عنده، ويقيم عليها البينة أنها منتوجة عنده، فكتب ذلك القاضي إلى الذي كتب إليه، أنه لم يجد سبيلاً إلى الإعداء عليه، بما قامت عنده من البينة أنها منتوجة عنده، فيلتمس هذا أن يرجع بما غرم من قيمتها على من أُخذ ذلك منه. ويحتج ذلك بدعوى الأول، وما قامت عليه بينة، فأي الأمرين يحملها عليه؟ قال: إن كانت بينة الأول الذي أقام عند القاضي الأول على النتاج أعدل من بينة الآخر الذي أقام أيضاً البينة على النتاج عند القاضي الآخر، أو كانتا في العدالة سواء، فالأول أحقّ بها، تُرد إليه، ويعدى مشتريها والمستحقة من يديه على بائعه، وبائعه على بائعه على ذلك الأصل أبداً كما هو، وإن كانت بينة الآخر على النتاج أعدل البينتين وأبرزها في الصلاح والعدالة، فالحق حقه، ولا حقّ للأول وينفد البيع بين من تبايعاهما أجمعين، ويرد إلى المستحق من يديه، ويتم البيع فيما بينهم على ما تبايعوا من واحد إلى واحد.

قال محمد بن رشد: المسؤول في هذه المسألة ابنُ وهب والله أعلم، لأنه قال في

أولها: وسألته عطفاً على المسألة المتقدمة له. وقوله فيها: إنه إن تكافأت البينتان في العدالة فالبينة بينة الأول، وهو أحقّ بها، وينفذ البيع بينهم بالأثمان، وتبطل بينة الثاني خلاف مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، لأن المال المتنازع فيه، لا يكون عندهما مع تكافؤ البينتين للذي هو في يديه، إلا إذا جهل أصل كونه في يديه، والأول الذي أقام البينة على النتاج، قد علم أصل كون الدابة في يديه، وهو قضاء القاضي الأول له بها بما ثبت عنده من ملكه لها، وأنها منتوجة عنده قبل الإعذار إلى هذا الآخر الذي أقام أيضاً البينة على النتاج، فهو حكم لم يتم بعد، فلا تراعى يده، لأن اليد على الحقيقة إنما هي للثاني، لأنه المدعى عليه لما قد باعه مما كان في يديه بوجه مجهول، فهو بمنزلة المستحقة من يديه الدابة، لو كان هو الذي أقام البينة على النتاج، فالواجب في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، إذا تكافأت البينتان في العدالة، أن تكون البينة بينة الثاني التي أقام على النتاج، وتبطل بينة الأول، وترد الدابة إلى الذي استحقت من يديه أولاً، وينقض الحكم الذي حكم به القاضي الأول للمدعي الذي أقام البينة عنده على النتاج، ويرجع كل من رجع عليه بما أُخذ منه على الذي أخذه منه، وقول ابن وهبٍ في هذه المسألة، هو مثل قول غير ابن القاسم في كتاب الولاء والمواريث من المدونة في الذي يأخذ مال رجل ويدعي أنه وارثه، ثم يأتي رجل آخر، غيره ويدعي أنه وارثه، ويقيمان جميعاً البينة على دعواهما أن البينة بينة للذي المال بيده. وقد وقع في المبسوطة لأصبغ وسحنون، أن الدابة تكون بينهما إذا تكافأت البينتان في العدالة، يريدان فينفذ الاستحقاق في نصفها، ويكون التراجع بينهم فيه، على حكم من ابتاع دابة فاستحق من يديه نصفها، ويكون مخيراً بين أن يرد النصف الباقي في يده، ويرجع بجميع الثمن، وبين أن يمسك النصف ويرجع على البائع منه بنصف الثمن، ثم يرجع هو على من باع منه بنصف الثمن الذي دفع إليه أيضاً، وهو قول ثالث في المسألة، على غير الأصول لأن المال المدعى فيه لا يكون بين المتداعيين، عند تكافؤ البينتين إلا إذا كان بأيديهما جميعاً أو لم يكن بيد واحد منهما واليد التي يجب اعتبارها في مسألتنا هذه، إنما هي يد الثاني على ما بيناه. أرأيت لو كان حاضراً عند إقامة الأول البينة عليها أنها منتوجة عنده، فأقام هو البينة عليها أيضاً أنها منتوجة عنده، أليس كانت تكون، بينته أعمل؟ فلا فرق بين أن يغيب حتى يحكم له بها، وبين أن يكون حاضراً، لأن الحجة قد أُرجئت له لمغيبه. وهذا كله بين والحمد لله.

وإذا كانت بينة الثاني أعمل، وجب أن ترجع الدابة إلى الذي كانت استحقت من

يديه، فيرد كل واحد منهم الدابة إلى الذي أخذها منه، ووضع له فيها القيمة. فيأخذ منه الثمن الذي دفع إليه، والقيمة التي وضع له، حتى ترجع الدابة إلى الذي استحقت من يديه، فيأخذ القيمة التي وضع لمستحقها، وإن تلفت القيمة الموضوعة في شيء من هذا فمصيبتها من الذي وضعها إذا كانت على يدي عدل، وإن كانت عنده ضمنها، إلا أن تكون له بينة على ضياعها، على حكم ما يغابُ عليه من الرهان، وإن تلفت الدابة في شيء من هذا بيد أحد ممن سار بها، فلربها المستحقة من يده أكثر القيم الموضوعة. ولهذا الوجه تفسير دقيق، قد فرغنا من بسطه وشرحه في مسألة مشخصة سئلت عنها منذ مدة، فبينت وجه القول فيها بياناً شافياً، فتركت ذكر ذلك هنا اختصاراً واكتفاء لما مضى من القول، إذ لم أقصد في هذا الشرح إلى تفريع مسائله، كراهة التطويل وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

من سماع أصبغ من ابن القاسم

من كتاب البيوع والعيوب

قال أصبغ: سألت ابن القاسم، عن رجل اشترى عبداً قائما بعينه وقبضه، وعبداً آخر موصُوفا معه إلى أجل، بمائة دينار، فاستحق العبد القائم، قال: ينظر في قيمة الذي نقد، والذي إلى أجل، كم كان نصيب كل واحد منهما من المائة؟ على قدر بعد الأجل وقربه، وعلى صفة ذلك إن اختلفت الصفة، ثم يقسم ذلك بينهما، ثم يرد ما أصاب الذي استحق بقدر ذلك، ويثبت البيع فيما بقي، إلا أن يكون هذا المستحق وجه الشراء وكثرته، وفيه الفضل فيما يرى الناس، فينفسخ البيع كله، وترد المائة. وقاله أصبغ بن الفرج. وهي حسنة.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، ووجه العمل في ذلك أن يقوم العبد القائم يوم وقع الشراء، ويقوم العبد المسلم فيه، بأن يقال: كم يسلف في عبد على تلك الصفة إلى مثل ذلك الأجل، وإلى من تكون ذمته في الأمانة والثقة؟ مثل ذمة المسلم إليه في العبد، فإن كانت قيمة العبد في التمثيل ثلاثين، وما يسلم في مثل العبد المسلم فيه، على ما وصفناه ستين، ثبت السلم له على المسلم إليه ورجع عليه بثلث المائة للعبد المستحق، وإن كانت قيمة العبد ستين، وما يسلم في مثل العبد المسلم فيه ثلاثين، كان بالخيار بين أن يرجع بجميع المائة، وينتقل السلم، وبين أن يرجع بثلثي المائة، ويثبت له السلم. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم، وسئل عن رجل له عبد مملوك، وكان في يديه منزل فيه بنيان وغرس معروف، إنه لمولاه، فأعتقه وفي يديه ذلك المنزل والأرض، ثم أقام بعد عتقه عشرين سنة، يبني ويهدم ويزرع حتى مات، وترك أولاداً صغاراً، فطلب مولاه المنزل، وهل ينتفع الموالي بحوزهم؟ قال: إن المولى أحقّ به، ولا ينتفع الموالي بالحوز في مثل هذا إذا عرف ذلك كان لمولاه، وليس الموالي والولد، مثل الأجنبيين شأنهم أضعف من ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم لابن القاسم في رسم الكبش من سماع يحيى، من أن المولى الأسفل في الحيازة، بمنزلة المولى الأعلى، وبمنزلة الأختان والأصهار على حكم القرابة خلاف ما مضى في رسم شهد من سماع عيسى من أن الموالي والأصهار في الحيازة، بمنزلة الأجنبيين.

وقد مضى تحصيل القول في ذلك في رسم يسلف من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإِعادته، وبالله التوفيق.

تم كتاب الاستحقاق بحمد الله تعالى وحسن عونه.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الغصب

من سماع عبد الرحمن بن القاسم من مالك رواية سحنون

من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك في رجل ترك رجلاً يبني في أرضه، أو يغرس فيها وهو حاضر يراه، ثم قام عليه حين فرغ من بنيانه أو غرسه: إن للعامل قيمة ما أنفق. قال ابن القاسم: وذلك في فيافي الأرض، وحيث لا يظن تلك الأرض لأحد، فإذا بنى في مثل ذلك المكان وصاحبُه ينظر، ثم جاء ليخرجه، فلا يخرجه إلا بقيمته مبنياً. ولو بنى أيضاً في مثل ذلك المكان بحوز، استحيا مثله، ولم يعلم صاحبه، لم يكن له أن يخرجه أيضاً، إلا أن يغرم له القيمة مبنياً. وأما من دخل على رجل متعدياً بمعرفة، فإنه يهدم بنيانه، ويقلع غرسه، إلا أن يحب صاحب الأرض أن يغرم ثمن نقضه وغرسه، بعد أن يطرح مقلوعاً، وليس للذي تعدى أن يأبى ذلك.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم: وذلك في فَيَافِي الأرض، وحيث لا تظن تلك الأرض لأحد، مخالف لما ذهب إليه مالك، غير مفسر له، لأنَّ الذي ذهب إليه ملك أنَّ تركه يبني في أرضه ويغرس فيها وهو حاضر، يراه إذن منه له بذلك، فسواء على مذهبه كان ذلك في فيافي الأرض، وحيث لا تظن تلك الأرض لأحد، أو لم تكن، وكان في الحاضرة أو فيما قرب منها، إن قام عليه بِحدْثان ما بنى أو غرس، لم يكن له أن يخرجه عن الأرض، إلا أن يعطيه قيمة ما أنفق، أو ما أنفق على الاختلاف القائم من المدونة وقد ذكرت وجهه في سماع أشهب، من. وإن لم يقم عليه حتى مضى من المدة ما يرى أنه إذنٌ بالغرس والبناء إلى مثلها، كان له قيمة بنيانه وغرسه منقوضاً مطروحاً بالأرض، على ما في كتاب العارية من المدونة فيمن أذن الرجل أن يبني في أرضه أو يغرس فيها، ولم يوقتْ له أجلاً. وإن قام عليه بعد مدة إلا أنها لم تبلغ الحد الذي يرى أنه أذن له بالبناء إلى مثلها، لم يكن له أن يخرجه إلا أن يعطيه قيمة بنيانه وغرسه قائمة. ووجه العمل في ذلك أن يقال: كم قيمة البقعة مبنية، على ما هي عليه من هذا البناء على حالته التي هو عليها من التغير فيما مضى من المدة؟ وكم

قيمة بنيانها أيضاً لو كان البناء جديداً كما فرغ منه؟ فينقص ما بين القيمتين من قيمتها، أنفق في البنيان أو مما أنفق فيه، على الاختلاف الذي قد ذكرته فيما بقي من ذلك، كان هو قيمة البنيان قائماً الذي يجب له عليه، إن أراد إخراجه من الأرض. وذهب ابن القاسم في هذه الرواية إلى أن تركه يبني في أرضه وهو حاضر يراه، ليس بإذن منه له في ذلك على أَحد قوليه إذ قد اختلف قوله في هذا الأصل، فإذا لم يكن إذْنٌ له عنده، فلا يكون له على مذهبه في بنيانه قيمة ما أنفق فيه، كما قال مالك، إلا إذا كان ذلك في فيافي الأرض، وحيث لا يُظن ذلك الأرض لأحد، ولذلك قال متصلاً بقول مالك: إنه إن قام عليه حين فرغ من بنيانه أو غرسه، إن للعامل قيمة ما أنفق، وذلك في فيافي الأرض إلخ قوله يريد عنه وعلى مذهبه، لأن بنيانه إن لم يكن في فيافي الأرض، فلا يجب له فيه على مذهبه في هذه الرواية، إلا قيمته منقوضا. هذا وجه القول في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم، وروايتُه عن مالك خلاف رواية المدنيين عن مالك، في أن من بنى فله قيمة بنيانه قائماً، وإن انقضت المدة، وعلى ذلك يأتي قول مطرف وابن الماجشون في الواضحة عن مالك في أنه من بنى في أرض بينه وبين شريكه، وشريكه حاضر لا ينكر، فهو كالإذن، ويعطيه قيمة البناء قائماً، كالباني بشبهة. وقد مضى تحصيل القول في مسألة أحد الشريكين، يبني في الأرض التي بينه وبين شريكه على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في أول سماع ابن القاسم. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في الرجل يتسوق بسلعة، فيعطيه غير واحد بها ثمناً، ثم يغدُوا عليها رجل، فيستهلكها، قال: أرى أن يضمن ما كان يُعطى بها، ولا ينظر في قيمتها. قال: وذلك إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس. ولو شاء أن يبيع باع. قال سحنون: لا يضمن إلا قيمتها. قال عيسى يضمن الأكثر القيمة أو الثمن.

قال محمد بن رشد: قول مالك: إنه يضمن ما كان يعطى بها إذا كان عطاءً قد تواطأ الناس عليه، ولا ينظر إلى قيمتها. معناه: إلا أن تكون القيمة أكثر من ذلك، فتكون له القيمة. وهو نص قول مالك في سماع عيسى من كتاب العتق، مثل قول عيسى بن دينار، من رأيه إن له الأكثر من القيمة أو الثمن. فقوله مفسر لقول مالك، خلاف لقول سحنون، الذي لا يرى له إلا القيمة، كانت أقل من الثمن أو أكثر. فالمسألة راجعة إلى قولين. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله اغتسل على غير نية

وسئل مالك عن رجل انتهب من رجل مالاً في صُرة في يده، والناس ينظرون إليه، قد رأوها قبل ذلك في يد صاحبها، فطلب، فطرحها مطرحاً لم توجد، فادعى صاحبها عدداً وكذبه الآخر، ولم يفتحها، ولم يدر كم هي؟ ولعله ألا يطرحها لعجزه هرباً فيذهب بها، ثم يختلفان في العدد قال مالك: إذا اختلفا في العدد، فاليمين على المنتهب، ومطرف وابن كنانة يقولان في هذا وشبهه: القول قول المنتهب منه، إذا ادعى ما يُشبه، وإن مثله يملكه.

قال محمد بن رشد: قول مالك هو القياس، لقول النبي عليه السلام " الْبَيِّنَةُ عَلَى مَن ادَّعى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ " (١) فالقول قول المنتهب مع يمينه، أنه لم يكن فيها أكثر من كذا وكذا، إذ حقق أنه لم يكن فيها أكثر من ذلك، وإن لم يدع معرفة عدد ما فيها، وذلك إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه، لم يكن له إلا ما أقر به المنتهب. وأما قول مطرف وابن كنانة، فإنه استحسان، ووجهُه أن عداء المنتهب وظلمه قد ظهر، فوجب أن يسقط حقه، في أن يكون القولُ قوله. لقول النبي عليه السلام " لَيْسَ لعرقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ، والظَّالِمُ أَحَقُّ مَنْ حُمِلَ عَلَيْهِ " (٢) فكان القول قول المنتهب منه إذا ادعى ما يشبه، فإن ادعى ما لا يشبه، كان القول قول المنتهب، إذا أقر بما يُشبه، فإن لم يقر إلا

(١) أخرجه مسلم (١٦٥٠)، وأخرجه الترمذي (٨٧)، وأخرجه أبو داود (٤١٣٦)، وأخرجه ابن ماجه (٦٩٠)، وأخرجه أحمد في مسنده (١١٤١)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٩٤٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٣٠٩١)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٩٥٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥١٢٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢١٠١)، وأخرجه الطبراني في مسنده (١٧٥٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٤٠٨)، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف (٤٣٩)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٥١٥)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (٢١٥٧).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٩٦)، وأخرجه أبو داود (٢٦٧٥)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٤٠٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢١٨٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٥٦٨)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٨٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨٨٩)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢٦٣)، وأخرجه البزار في مسنده (١١٤٥)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٧٧٩)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٦١٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٣٤٩٥)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٩١)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٩٣٨)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥٥٩).

بما لا يشبه، يسجن، فإن طال سجنه ولم ينتقل عن قوله، استحلف على ذلك وأُخذ منه. وبالله التوفيق لا ربّ سواه اللهم لطفك.

ومن كتاب أَوله حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان قال: وقال مالك في الزرع تأكله الماشية، قال: يقوَّم على حال ما يُرجى من تمامه ويخاف من هلاكه لو كان يحل بيعه. فإن قال قائل: كيف يقوم ما لا يحل بيعه؟ فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد قَضى فِي الْجَنِينِ بِغُرَّةٍ [1] فالجنين لا يحل بيعه فهذا مثله.

قال محمد بن رشد: قوله في الزرع تأكله الماشية: إنه يقوم على الرجاء والخوف، معناه: فيما أفسدت وأكلت بالليل، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قَضَى أَن عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنهَارِ وَأَنَّ مَا أَفْسَدَت الْمَوَاشِي بِاللَّيلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا " [2] ولا اختلاف في وجوب تقويمه على الرجاء والخوف، إذا يئس من أن يعود لهيئته، وأما إن رعى صغيراً ورجا أن يعود لهيئته، فاختلف هل يستاني به أم لا؟ فقال مطرف: إنه لا يستاني به، وذهب سحنون، إلى أنه يستأني به. قاله في الثمرة، وهو في الزرع أحرى. واختلف على القول بأنه لا يستانى به، إن حكم بالقيمة فيه، ثم عاد لهيأته بعد الحكم، هل ترد القيمة أم لا؟ واختلف أيضاً على القول بأنه لا يستاني به إن لم يحكم فيه، حتى عاد لهيئته، فقيل تسقط القيمة فيه، وهو قول مطرف، وقيل: لا تسقط فيه، ويقوَّم على الرجاء والخوف على كل حال، إن نبت وعاد لهيئته قبل الحكم، وهو قول أصبغ.

وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفى في آخر سماع أشهب من كتاب الأقضية. والله الموفق.

---

(١) أخرجه مسلم (٣١٩٣)، وأخرجه الترمذي (١٣٢٧)، وأخرجه أبو داود (٣٩٦٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٦٣١)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢١٧٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٦١٥٥)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٦٥٠٧)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٨١٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥١٠١)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤٢٥٧)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٧٧٣٦)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٨٥١٨)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٣٠٣٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٥١٥)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٢٦٠).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (١٤١٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٠٦٣)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٩٠٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩٠٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤٦٦٥)، وأخرجه الجوهري في مسنده (١٣٠)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٧١)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٢٥٥).

من سماع أشهب وابن نافع من مالك

ورواية سحنون من كتاب الأقضية

قال أشهب: قيل لمالك رأيت الأمة الراووقة الفارهة، تتعلق برجل تدعي أنه غصبها نفسها، أتصدق عليه بما بلغت من فضيحة نفسها يمينٍ أو بغير يمين؟ فقال: تصدق عليه، ويكون ذلك لها بغيرِ يمين، ما سمعتُ أن عليها في ذلك يميناً، فأرى أن تصدق، بكراً كانت أو ثيّباً إذا تشبثت به وبلغت فضيحة نفسها، وهي تُدمى إن كانت بكراً، ولم أسمع أن عليها في ذلك يميناً.

قال محمد بن رشد: في هذه المسألة أن الرجل إذا ادعت عليه أنه غصبها نفسها، ممن يليق به ما ادعت عليه من ذلك، فها هنا يسقط عنها حدّ القذف للرجل باتفاق وحد الزنى، وإن ظهر بها حمل لما بلغته من فضيحة نفسها، وكذلك الوغْدة.

قال ذلك محمد بن المواز: واختلف في وجوب الصداق لها على ثلاثة أحوال: أحدها إنه يجب لها، وهو قول مالك في رواية أشهب هذه، والثاني إنه لا يجب لها، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه من كتاب الحدود في القذف. قال: ولو كان أشر من عبد الله الأزرق في زمانه والثالث قول ابن الماجشون في الواضحة إنه يجب لها الصداق إن كانت حرة، ولا يجب لها إن كانت أمة، واختلف إذا وجب لها الصداق بدعواها مع ما بلغت إليه من فضيحة نفسها، هل يجب بيمين أو بغير يمين؟ فقال مالك في رواية أشهب هذه: إنها تأخذه بغير يمين، وذهب ابن القاسم إلى أنها لا تأخذه إلا بيمين وهو أصح. وهذا الاختلاف في وجوب اليمين إنما هو والله أعلم في الجارية الفارهة، وأما الوغدة فلا تأخذ الصداق على القول بأنها تأخذه بدعواها مع التشبث بالمدعى عليه، إلا بعد اليمين.

وتحصيل القول في هذه المسألة باستيفاء وجوهها أنه إذا ادعت المرأة على الرجل أنه اغتصبها نفسها، ولم تأت متشبثةً به، فإن كان الرجل معلوماً بالصلاح، ممن لا يشار إليه بالفسق، حُدتْ له حدّ القذف، كانت من أهل الصوْن أو لم تكن، وحُدت الزنى إن ظهر بها حمل. وأما إن لم يظهر بها حمل، فيتخرج وجوب الحد عليها على الاختلاف فيمن أقر بوطيء أمة رجل، وادعى أنه اشتراها منه، أو بوطء أمة، وادعى أنه تزوجها، فتحد على مذهب ابن القاسم، إلا أن ترجع عن قولها، ولا تحد على مذهب أشهب، وهو نص قول ابن حبيب في الواضحة وإن كان معلوماً بالفسق لم تحد له حدّ القذف،

كانت من أهل الصوْن أو لم تكن، ولا حدّ الزنى لنفسها، إلا أن يظهر بها حمل، وينظر الإمام في أمره، فيسجنه، ويستحس عن أمره، ويفعل فيه بما ينكشف له منه، فإن لم ينكشف له في أمره شيء، استحلف، فإن نكل عن اليمين حلفت المرأة، واستحقت عليه صداق مثلها، وإن كان مجهول الحال، حُدتْ له حدّ القذف إن كانت مجهولة الحال أيضاً، أو لم تكن من أهل الصون، وأما إن كانت من أهل الصون وكان هو مجهول الحال، فيتخرج وجوب حدّ القذف عليها له على قولين. ويحلف بدعواها على القول بأنها لا تحد له. فإن نكل عن اليمين حلفت هي وكان لها صداق مثلها، وأما إن ادعت عليه أنه غصبها نفسها، وجاءت متعلقة به، تُدمى إن كانت بكراً، فإن كان من أهل الصلاح لا يليق به ما ادعته عليه، سقط عنها حدّ الزنى، وإن ظهر بها حمل، لما بلغته من فضيحة نفسها، واختلف هل تحد له حدّ القذف أم لا؟ فذهب ابن القاسم إلى أنها تحد له حدّ القذف. وحكى ابن حبيب في الواضحة أنها لا تحد له حدّ القذف، ولا يمين لها عليه، على القول بأنها تحد له. وأما على القول بأنها لا تحد له، فيحلف على تكذيب دعواها. فإن نكل عن اليمين حلفت واستحقت عليه صداق مثلها، وهذا إذا كانت ممن تُبالي بفضيحة نفسها، وأما إن كانت ممَّن لا تبالي بفضيحة نفسها فتحدُّ له قولاً واحداً. وإن كان معلوماً بفسق من يليق به ذلك سقط عنها حدّ القذف للرجل، وحد الزنى، وإن ظهر بها حمل. واختلف في وجوب الصداق لها على ثلاثة أقوال: أحدها إنه يجب لها، وهي رواية أشهب عن مالك في، لأنه إذا وجب للأمة ما نقضها فأحرى أن يجب للمرأة صداق مثلها والثاني إنه لا يجب لها، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الحدود في القذف. قال: ولو كان أشر من عبد الله بن الأزرق في زمانه والثالث قول ابن الماجشون في الواضحة إنه يجب لها الصداق إن كانت حرة، ولا يجب لها شيء إن كانت أمة، واختلف إذا وجب لها الصداق بدعواها مع ما بلغت إليه من فضيحة نفسها، هل يجب لها بيمين أو بغير يمين، فروى أشهب عن مالك أنها تأخذ بغير يمين، وذهب ابن القاسم إلى أنها لا تأخذ إلا بعد اليمين، وهو أصح. والله أعلم. وإن كان مجهول الحال لم تحدَّ له قولاً واحداً إذا كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها. واستُحْلِفَ هو، فإن نكل عن اليمين حلفت هي، واستحقت صداقها، وإن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها، يخرج إيجاب حدّ القذف عليها على قولين، ويحلف على القول بأنها لا تحد له، فإن نكل عن اليمين حلفت هي واستحقت صداقها، ويحلف على القول بأنها تحد له ولا يجب لها شيء. هذا تحصيل القول في هذه

المسألة. والله الموفق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل مالك فقيل له: إن أرض مصر ينكشف عنها الماء، وبعضها لضيق بعض، فإذا بذر الناس الحبوب فرُبما أخطأ المرء، فزاد على حده من حدّ جاره، الْفدَّانَ والفدانين، فبذر فيه، ثم ينظر بعد ذلك، فيوجد قد بذر في غير حقه، فيقول ربّ الأرض: أنا أُعطيك بذرك، وكراء بقرك، قال مالك ما أرى ذلك ولا أظنه، قال: فقيل له: فترى أن تكون تلك الأرض التي وقع فيها بذرُه، له بكرائها؟ قال: نعم أراها له بكرائها وله الزرع.

قال محمد بن رشد: قوله: ما أرى ذلك ولا أظنه، معناه: ما أرى ذلك بحوز، ولا أظنه يحل، لأنه صدقه فيما ادعاه، من الخطأ والغلط، وعذره ذلك بالجهل، فوجب أن يكون له الزرع، ويكون عليه كراء الأرض، لأنه زرعه وهو يحسب أنه زرعه في حقه، بعد يمينه على ذلك، حسبما قاله أصبغ في نوازله من كتاب المزارعة، فلما وجب له الزرع، لم يجز لرب الأرض أن يأخذه ويعطيه بذره، وكراء بقره لأنه يكون مبتاعاً له بذلك، وسحنون لا يعذره في ذلك بالجهل، ولا يصدق فيما ادعاه من الغلط، ويحمله محمل الغاصب، فيرى الزرع لصاحب الأرض، ولا يرى للزارع شيئاً إلا أن يقدر أن يجمع حبه من الفدان حسبما ذكرنا عنه في نوازل أصبغ من كتاب المزارعة، ولا خلاف في أنه لا يعذر في الغلط إذا تجاوز حده بالبنيان في البقعة. وبالله التوفيق.

من سماع عيسى من ابن القاسم

من كتاب نَقَدَها نَقَدَها

قال عيسى: وسألت ابن القاسم عن عبد اغتصب أو سرق، فباعه مغتصبه أو سارقه، فمات في يدي مشتريه، وترك مالاً ثم جاء سيده فاستحقه، قال: يخير سيده، فإن شاء أخذ ماله الذي ترك، ورجع المشتري على البائع بالثمن، وإن شاء رجع على هذا المغتصب بالثمن أو بالقيمة، فأخذه منه ويسلم ماله للمشتري، قال: وكذلك لو كانت أمةً اغتصبت، أو رمكة فولدت أولاداً ثم ماتت الرمكةُ أو الوليدة، إن سيدها إن شاء أخذ ولدها، ولم يكن له غير ذلك، وإن شاء ترك ولدها وأخذ الثمن أو القيمة. وهو قول مالك. قال محمد بن رشد: قوله: إن لسيد العبد المغصوب إذا مات عند

المشتري، وترك مالاً أن يأخذ ماله، ويرجع المشتري بالثمن على البائع الغاصب، صحيح، لا اختلاف فيه أحفظه، لأن العبد لم يخرج عن ملكه، فله أن يأخذ ماله، سواء وجد العبد أو لم يجده، وكذلك له أن يغرم المشتري الذي استحق العبد من يده قيمةَ مال العبد، إن كان قد استهلكه، وَجَدَ العبد أو لم يجده، وكذلك له أن يأخذ من يد الموهوب له، إن كان وهبه، وسواء كان المشتري ابتاع العبد بماله أو كسبه عنده بتجارة، أو وهب إياه، إلا أن يكون سيده هو الذي وهبه إياه، واكتسبه عنده من عمل يده، فلا يكون للمستحق فيه شيء، وإذا اختار المستحق أخذ مال العبد من يد المشتري، وترك الرجوع على الغاصب البائع، رجع عليه المشتري بالثمن، ولو تلف المال عند المشتري، ووجد العبد على حاله عنده، لم يكن له أن يتركه، ويرجع على الغاصب، وحُكمُ الأولاد في ذلك كله حكم المال لا ضمانَ على المشتري في تلف شيء من ذلك عنده، وله الرجوع بالثمن إذا أخذ منه المال، وقد تلف العبد، أو أخذ منه الأولاد، وقد تلفت الأمهات، ولو تلف الأولاد عند المشتري، ووجد الأمهات عنده على حالها، لم يكن له أن يتركهم ويرجع على الغاصب. واختلف إن تلف الأولاد أو المال عند الغاصب، فقال ابن القاسم: لا ضمان عليه في ذلك. وقال أشهب: عليه فيه الضمان. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله استأذن سيده في تدبير جاريته

وسئل ابن القاسم عن الرجل يشتري السلعة في سوق المسلمين، فيدعيها رجل قبله، ويقيم البينة أنها اغتصبت منه فيزعم مشتريها أنها هلكت، قال: إن كانت حيواناً فهو مصدق، وإن كانت مما يغيب عليه لم يقبل قوله، وأحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه هلك، ويكون عليه قيمتها، إلا أن يأتي بالبينة على هلاك من الله إياه، مثل اللصوص والغرق والنار ونحو ذلك فلا يكون عليه شيء، قيل له: فإن قال: بعتها بكذا وكذا، ولم يكن على ذلك بينة، إلا قوله أيصدق على ذلك أم لا يصدق إلا بينة تقوم؟ قال: قوله مقبول في ذلك، لأنه قد يعرف الشيء في يديه، ثم يتغير عنده قبل أن يبيعه بكسر أو عور أو شيء يصيبه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة جيدة صحيحة، وإنما قال: إنه يحلف إذا ادعى تلاف السلعة التي اشترى ويغرم قيمتها، مخافة أن يكون غيبها، ومثل هذا يجب في المرتهن والمستعير والصانع يدَّعون تلف ما يغاب عليه. وقوله في آخر المسألة: إنه إن أتى بالبينة على الهلاك لم يكن عليه شيء، معناه أن يُشهد البينة على معاينتها لهلاك

ذلك، وهو ظاهر ما في كتاب بيع الخيار من المدونة ونص قول مالك في رواية ابن القاسم عنه، سئل عن الصناع تحترق منازلهم، فيدعون أمتعة الناس احترقت، مثل الصباغ والخياط والحائك والصواغ، وما أشبه ذلك، قال لا يصدقون، وذلك من أمر الحريق، لأنهم يتهمون أن يخبِّئوا أمتعة الناس، ويحرقون الحصير وما أشبه، فلا أرى أن يقبل قولهم، إلا أن يأتوا بشيء معروف، ومقال مالك في كتاب ابن المواز في الصانع يسرق بيته، ويعلم ذلك، فيدعي أن المتاع ذهب مع ما ذهب، أنه لا يصدق، قال: وكذلك لو احترق بيتُه، فرأى ثوب الرجل يحترق، فهو ضامن وكذلك الرهن، قاله مالك، حتى يعلم أن النار من غير سببه. أوسيْلٍ يأتي، أو ينهدم البيت. فهذا وشُبهُهُ يسقط الضمان. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: لو أن رجلاً أقر بغصب عبد رجل، زعم أنه غصبه هو، ورجلان سماهما معه، وصدقه صاحب العبد أنهم غصبوه ثَلَاثَتُهُم. قال: عليه غُرم قيمته كله، ولم ينظر إلى مَن غصبه معه، إلا أن يكون يقرون كما أقرأ. وتقوم عليهم بينة، فأما إذا لم يقروا ولم تقم عليهم بينة، فهو ضامن لجميع العبد، ولو أقر جميعهم أو قامت عليهم بينة، فوجد بعضهم معدمين، وبعضهم أمْلِيا، فإنه يأخذ جميع قيمته من الملي، ويطلب هو وأصحابه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا موضع للقول، لأن القوم إذا اجتمعُوا في الغصب أو السرقة أو الحرابة، فكل واحد منهم ضامن لجميع ما أخذوهُ كأن بعضهم قوي ببعض فهم كالقوم، يجتمعون على قول الرجل فيقتل جميعهم به، وإن ولي القتل أحدهم. وقد قال عمر بن الخطاب لو تمالى عليه أهل صنعا لقتلتهم به جميعاً. وبالله التوفيق.

ومن كتاب العرية

وسألته عن الرجل يغصب الرجل الشاة، فيهديها لقوم، ثم يقوم صاحبها على الذين أُهديت إليهم، وقد أكلوها، قال: إن كان الغاصب بها ملياً، فهي عليه غرم، وليس على الذين أُهديت إليهم شيء، وإن كان معدما أَخذ قيمتها من الذين أكلوها، قيل له: فإن كان ذبحها الغاصب ثم سيّرها إليهم مذبوحة، قال في كلى الوجهين: إن كان الغاصب ملياً، فقيمتها عليه، وليس على الذين أهديت إليهم شيء، وإن كان معدماً وقد سيّرها مذبوحة، كان على الذين أكلوها قيمتها مذبوحة، وكان ما بين قيمتها مذبوحة وقيمتها

حية على الغاصب، مَليًّا كان أو معدماً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن كان الغاصب لها مَليًّا فهي عليه غرم، وليس على الذين أهديت إليهم شيء، وإن كان معدماً أخذ قيمتها من الذين أكلوها، هو مثل قوله في من المدونة في مسألة مُحاباة الوارث في الكراء، ومثل قوله أيضاً في، وفي كتاب كراء الدور منها: وإذا أخذت قيمتها من الذين أكلوها، كان لهم على قياس قوله، أن يرجعوا بها على الغاصب، وإن أُخذت أولاً من الغاصب، لم يكن له أن يرجع بها على الذين أهديت إليهم، لأنه لما أهداها فقد التزم ضمانها، وإن كانوا جميعاً عدماً رجع على من أيسر منهم أولاً فإن أيسر الذين أُهديت إليهم أولاً، فرجع عليهم، كان لهم الرجوع على الواهب الغاصب، وإن أيسر الواهب أولاً فرجع عليه، لم يكن له أن يرجع على الذين أهديت إليهم. وعلى قول غير ابن القاسم في مسألة من المدونة وهو أشهب، بدليل قوله في رسم محض القضاء من سماع أصبغ من كتاب البضائع والوكالات، وقول ابن القاسم في كتاب الشركة من المدونة، يرجع أولاً على الذين أهديت إليهم إن كان لهم مال، فإن لم يكن لهم مال، رجع على الغاصب، فإن رجع على هذا القول على الغاصب، رجع الغاصب على الذين أُهديت إليهم وإن رجع على الذين أُهديت إليهم، لم يرجع الذين أهديت إليهم على الغاصب بشيء، عكس القول الأول، فإن كانوا جميعاً عدماً، رجع على من أيسر أولاً منهم. وقد قال ابن القاسم في كتاب كراء الدُّور من المدونة: إنه إن كان الواهب عديماً فرجع المتعدَّى عليه على الموهوب له، لم يكن للموهوب له أن يرجع على الواهب، وهو خلاف ما يوجبه القياس، فيتحصل في المسألة خمسة أقوال، بقول أشهب وقد روى ابن عبدوس عنه. أن الغاصب إذا وهب الثوب أو الطعام لمن استهلكه، كان للمستحق أن يتبع من شاء منهما. قال ابن عبدوس: وسمعت سحنون يستحسن قول أشهب، ويحتج بالبيع لو ابتاع الطعام فأكله، كان له أن يضمن من شاء منهما: الغاصب أو المشتري، فكذلك الموهوب له. وبالله التوفيق اللهم لطفك.

ومن كتاب أولُه يوصي بمكاتبه بوضع نجم من نجومه

قال ابن القاسم: إذا اغتصبت أمُّ ولد رجل، فماتت عند المغتصب، كان عليه غرم قيمتها لسيدها أمةً ليس فيها عتق.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم هذا صحيح، على قياس قوله وروايته عن مالك في أن على قاتل أم ولد الرجل، قيمتها أمة لسيدها، خلاف قول سحنون، إنه لا

قيمة عليه فيها، إذ ليس لسيدها فيها إلا الاستمتاع بوطئها، ولا قيمة لذلك، وكذلك إذا غصبها فماتت عنده، لأنه لا ضمان عليه فيها، كالحرة يغتصبها فتموت عنده. وقول ابن القاسم وروايته عن مالك أصح لأن أم الولد أحكامها أحكام أمة حتى يموت سيدها فتعتق بموته، فلا تشبه الحرة، ألا ترى أن الحرة لا يضمنها بالنقل بخلاف الأمة ومن فيها بقية رِقٍّ. وقد روى عن مالك فيمن غصب حرّاً فباعه أنه يكلف طلبه، فإن أيس منه، أدَّى ديته إلى أهله.

ونزلت بطليطلة، فكتب القاضي بها إلى محمد بن بشير بقرطبة، فجمع القاضي ابن بشير أهل العلم بها، فأفتوه بذلك، فكتب إليه أن أغرمه إليه ديته كاملة، فقضى عليه بذلك.

ومن معنى هذه المسألة، اختلافهم فيمن غصب جلد ميتة، فقال في المدونة: إن عليه قيمته دبغ أو لم يدبغ، وقال في المبسوطة: لا شيء عليه فيه وإن دبغ لأنه لا يجوز بيعه. وقيل: إنه لا شيء فيه، إلا أن يدبغ، فتكون فيه القيمة. وقيل: إن دبغ لم يكن عليه إلا قيمة ما فيه من الصنعة. وهذا يأتي علي ما لَه في السرقة من المدونة والصواب أن يلزمه في ذلك كله قيمة الانتفاع به. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن مسلم أو نصراني عدا على سفينته مسلم، فحمل عليها خمراً أيأخذ لها كراء؟ قال: أما إذا كان تعدى عليها نصراني، فله أن يأخذ لها كراء، ويتصدق به. قلتُ: فالمسلم قال: له أن يأخذ كراء سفينته فيما أبطلها، ولا ينظر إلى كراء الخمر.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا كان الذي تعدَّى نصرانياً، فله أن يأخذ لها كراء، معناه: كراء مثلها، على أن يحمل فيها الخمر، أن لوْ أكراها نصراني من نصراني لذلك. وأما قوله: يتصدق به، فهو بعيد أن يجب ذلك عليه، إلا أن يعلم بتعديه، فلا يمنعه من ذلك، وهو قادر على منعه، وأما إن علم بذلك ولم يقدر على منعه، فلا يجب عليه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمة كرائها، على أن يحمل عليها غير الخمر، بمنزلة أن لو أكراها منه على أن يحمل فيها غير الخمر، فحمل عليها خمراً فإنه إن كان علم بذلك، فلم يمنعه تصدق بجميع الكراء، قاله ابن حبيب، وأما إن لم يعلم بذلك، فلا يجب عليه أن يتصدق إلا بما زادت قيمة كرائها، على أن يحمل عليها الخمر، على الكراء الذي أكراها به، وأما إذا كان عدا عليها مسلماً، فقوله إنه يأخذ كراء سفينته فيما أبطلها، ولا ينظر إلى كراء الخمر: معناه: أنه يكون له كراء المثل في السفينة على أن يحمل عليها

غير الخمر. ويقوم له أيضاً ما افتدى في سفينته بتنجيسها بالخمر الذي حمل عليها مع الأدب على الوجهين جميعاً: العداء وحمل الخمر وأما النصراني فلا يلزمه الأدب إلا على العداء خاصة والله الموفق.

ومن كتاب أوله أوصى أن ينفق على أُمهات أولاده

وسئل ابن القاسم عن رجل خلط قمحاً لرجل بشعير لآخر وذهبَ فلم يُعرف قال: أرى أن يباع ويقسموا ثمنه على ثمن ما يسوى ذلك اليوم، ما يسوى القمح والشعير، ولا أُحب أن يقتسموه على الكيل.

قال محمد بن رشد: إذا ذهب الذي خلطها أو لم يعرف، فهو بمنزلة إذا اختلط من غير عدا، والذي يوجبه الحكم في ذلك، أن يقتسماه بينهما مخلوطاً على قيمة القمح والشعير يوم الخلط، وُيقوّم غير معيب، بدليل ما في المدونة خلاف ما ذهب إليه سحنون من أنه يقوم القمح مَعيباً والشعير غير معيب. والذي يدل عليه ما في المدونة أظهر، إذ لو وجب أن يقوم القمح على أنه مخلوط بالشعير، لوجب أن يقوّم الشعير أيضاً على أنه مخلوط بالقمح، وذلك ما لم يقله سحنون. فقوله: أرى أن يُباع فيقسموا ثمنه، على ما يسوى القمح والشعير استحسان، إذ لا مانع يمنع من اقتسامه بعينه على القيم، ولو لم يجز اقتسامه بعينه على القيم، لما جاز اقتسام ثمنه على ذلك، لأنه إنما يباع على ملكهما، فإنما يأخذ ثمن ما كان له أخذه، وإنما قال لا أحب أن يقسموه على الكيل، يريد الطعام المخلوط، لأنه لما كان الحكم يوجب أن يقتسماه بينهما على القيم، لم يجز أن يقتسما. على الكيل، لأنه يدخله التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل من القمح والشعير. وقوله: لا أحبُ، تَجاوُز في اللفظ، وتساهل فيه، وكان الواجب أن يقول في ذلك لا يجوز، وكذلك الثمَن لا يجوز لهما أن يقسماه على الكيل، لأنه إنما يباع على ملكهما، فلا فرق في ذلك بين الثمن والمثمون. هذا وجه القول باختصار، في هذه المسألة. وقد أفردنا الكلام عليها في مسألة مشخصة استوعبنا فيها جميع وجوهها لمن سأل ذلك من نُبلاء الطلبة. فهي تبين هذه لمن شاء أن يتأملها. والله الموفق.

مسألة:

قال ابن القاسم في جارية بين رجلين تعدَّى عليها أحدهما، فباعها، ففاتت عند المبتاع بحمْلٍ أو عتق، إن شريكه إن شاء رجع على المبتاع بنصف القيمة، فإنه فعل رجع المبتاع على البائع بنصف الثمن، ليس عليه غير ذلك، وإن شاء ترك المبتاع ورجع على البائع، فكان مخيراً عليه في نصف الثمن الذي باع به، أو نصف القيمة، أيُّ ذلك

شاء، ألزمه إياه، وإن فاتت بيد المبتاع ببيع، لم يكن على المبتاع إلا نصف الثمن الذي باعها به، أو يرجع المتعدّي فيكون مخيراً في نصف الثمن الذي باع به، أو نصف القيمة يوم باعها. فإن ماتت لم يكن له على المشتري بشيء، ورجع على البائع، فكان مخيرا عليه في نصف الثمن أو نصف القيمة، فإن فاتت بنماءٍ أو نقصان، ولم تَحمل ولم تُعتق، فهو مخير، إن شاء أخذ نصفها، وإن شاء أسلمها وأتبع المتعدي بنصف الثمن، وليس له إلى القيمة سبيلٌ، إذا وجدها بحالها أو أفضل حالاً، فإن فاتت بنقصان فهو مخير، إن شاء أخذ نصفها من المشتري، وليس له عليه قيمة، وإن شاء تركها واتبع المتعدي بنصف الثمن، أو نصف القيمة، وذلك أنها حالت عن حالها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنة على معنى ما في المدونة وغيرها، أوجب للشريك المستحق لنصف الجارية على المبتاع لما أفاتها بحمل أو عتق قيمة النصف الذي استحق، إن شاء أن يأخذه، بذلك، ويترك الشريك المتعدي عليه في بيعها، لأن القيمة قد لزمته في النصف بعتق جميعها، أو اتخاذها أم ولد، بمنزلة الجارية بين الشريكين، يعتقها أحدهما أو يتخذها أم ولد، وله مال، فإن فعلها رجع المبتاع على البائع بنصف الثمن، وإن شاء أن يترك المشتري ويتبع البائع، فيجيز البيع ويأخذ منه الثمن، أو يضمنه القيمة لفواتها عند المشتري، كان ذلك له، ولو تعدّى رجل على رجل في جاريته، فباعها فأفاتها المبتاع بعتق أو حمل، لكان له أن ينقض العتق، ويأخذ جاريته إن كان أعتقها، واختلف إن كان أولدها، فقيل يأخذها وقيمة ولدها، وقيل إنه يأخذ قيمتها يوم الحكم، وقيمة ولدها، وقيل: إنه يأخذ قيمتها يوم أفاتها بالحمل، ولا شيء عليه في الولد، والثلاثة الأقوال كلها مروية عن مالك، وأمّا إذا باعتها المبتاع، فليس للمستَحق عليه إلا الثمن الذي باعها به، إن كان استحق جميعها، أو نصف الثمن إن كان استحق نصفها، كما قال، وقوله: إذا باعها المبتاع إن له أن يرجع على البائع إن شاء، فيكون مخيراً في نصف الثمن الذي باع به، أو نصف القيمة يوم باعها. معناه: إن غاب بها المشتري الثاني، وأما إن وجدت بيده على حالها، فليس له أن يضمن الشريك المتعدي فيها، ببيعها نصف قيمتها، وإنما له أن يأخذ جاريته أو يخير، أيَّ بيع شاء، ويأخذ الثمن، فإن أجاز البيع الأول، وأخذ الثمن من الشريك، مضى البيع الثاني، وإن أجاز البيع الثاني وأخذ الثمن من البائع الثاني رجع البائع الثاني على البائع الأول بالثمن الذي دفع إليه، وأما قوله: إن فاتت عند المشتري بنقصان، إن له أن يتركها ويرجع على المعتدي بنصف الثمن أو نصف القيمة، لأنها قد حالت عن حالها، ظاهره

وإن كان النقصان يسيراً، وهو نص ما في من المدونة. وقد وقع فيه دليل على أنه ليس له أن يضمن المتعدي القيمة: إلا أن تفوت بالعيوب المفسدة، والنص يقضي على الدليل، وقد كان الشيوخ يحملون ذلك على أنه اختلاف من القول، وأما المشتري فلا اختلاف في أنه لا يضمن الموت ولا النقصان بأمر من السماء، وإنما يضمن بجنايته عليه عمداً، وقد اختلف في جنايته عليه خطأً حسبما يأتي القول فيه في الرسم الذي بعد هذا إن شاء الله. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله لم يدرك من صلاة الإمام إلا الجلوس

وسألته عن الرجل يغتصب العبد فيقطع يده الغاصب، أو يقطعه أجنبي، أو يصيبه أمر من السماء، فتذهب يده، هل يكون في جميع هذه الوجوه الثلاثة، صاحبه مخيراً إذا استحقه في قيمته وفي أن يأخذه وما نقصه القطع؟ قال: أما إذا قطعه الغاصب عمداً. كان أو خطأً ثم استحقه سيده، فسيده مُخير بين قيمته وبين أن يأخذه وما نقصه القطع، وأما إذا قطعه أجنبي، فسيدُهُ أيضاً مخير بين أن يأخذه ويأخذ عَقْلَ يده، إن كان أخذ الغاصب عقلاً وبين أن يأخذ قيمته ويترك العبد.

قلت فإن كان أصابه أجنبي فعفي الغاصب عن قطع اليد، قال: إن اختار أَخْذه أَخَذَهُ وأخَذَ من الأجنبي ما نقص القطع.

قلت: فإن فات الأجنبي، قال: سيدُه مخير بين أن يأخذه مقطوعاً ولا شيء له على الغاصب، لأنه لم يأخذ بيده عقلاً، وبين أن يأخذ قيمته، وإذا أصاب يده أمرٌ منه السماء، فذهبت يدُهُ، فلا شيء له إلا قيمته، أو يأخذه مقطوعا ولا شيء له على الغاصب، قلت: فإن كان الغاصب باعه من رجل، فقطع المشتري يده، فاستحقه سيده بيد المشتري قال: إن كان قطعه عمداً فسيده مخير بين أن يأخذه ويأخذ منه ما ينقصه القطع ويرجع هو على الغاصب بالثمن، وبين أن يأخذ قيمته من الغاصب، أو ثمنه الذي باعه به، وإذا قطعه خطأً لم يكن له إلا قيمتُهُ على الغاصب، أو يأخذه مقطوعاً، ولا شيء له في القطع على الغاصب ولا على المشتري.

قال الإمام القاضي: قوله إن الغاصب إذا قطعه عمداً أو خطأً فسيده مخير بين أن يأخذ قيمته، يريد يوم الغصب، وبين أن يأخذ وما نقصه القطع، يريد يوم الجناية، هو قول ابن القاسم في المدونة. والوجه في ذلك، أنه بالخيار، بين أن يطالبه بحكم الغصب، فلا يكون له عليه إلا قيمته يوم الغصب، وبين أن يسقط عنه حكم الغصب ويطالبه بحكم الجناية، فيكون له أن يأخذ العبد وما نقصه القطع يوم الجناية، وإذا

أسقط عنه حكم الغصب، وطالبه بحكم الجناية، فيدخل في ذلك الاختلاف، فيمن تعدى على ثوب رجل فحرقه، فإن كانت الجناية يسيرة، كقطع الأُنملة، وطرف الأذن أخذ عبده وما نقصه قولاً واحدا وإن كانت الجناية كثيرة كقطع يد أو رجل أو ما أشبه ذلك، فقيل: ليس له أن يأخذه وما نقصه، وقيل: هو مخير بين أن يأخذه وما نقصه، وبين أن أخذه ويضمنه قيمته، وقيل: هو مخير بين أن يأخذه ولا شيء له، وبين أن يضمنه قيمته يوم الجناية، وكذلك إذا قتله الغاصب على قياس هذا القول، له أن يسقط عنه حكم الغصب، ويضمنه قيمته يوم الجناية، وهو نص قول ابن القاسم في رواية ابن أبي جعفر الدمياطي عنه، إنه مخير في قيمة العبد يوم اغتصبه، أو في قيمته يوم قتله، خلاف ما لابن القاسم في المدونة، من أن الغاصب إذا قتل العبد، فليس لسيده إلا قيمتة يوم الغصب، فالقولان قائمان من المدونة على هذا التأويل الذي ذكرناه، وقد تأول ما في المدونة من قوله: إن الغاصب إذا قطع يد الجارية المغصوبة، فلربها أن يضمنه ما نقصه القطع، ويأخذها، إن معنى ذلك ما نقصها القطع يوم الغصب، فعلى هذا التأويل لا يقوم الاختلاف من المدونة ولا يكون للمغصوب منه على مذهب ابن القاسم فيها أن يسقط عن الغاصب حكم الغصب، ويأخذه بالجناية مثلها، أو قطع يدها، وإلى هذا ذهب سحنون، فقال: ليس له أن يضمنه ما نقصها القطع، وإنما له أن يأخذها ناقصة، أو يضمن الغاصب قيمتها يوم غصبها. وقوله: إذا قطعه أجنبي فسيده أيضاً مخير بين أن يأخذ عقل يده، إن كان أخذ الغاصب عقلاً، وبين أن يأخذ قيمته ويترك العبد، يريد: قيمته يوم الغصب، وهذا على القول بأنه مخير بين أن يطالب الغاصب بحكم الغصب فيأخذ منه قيمة عبده يوم غصبهُ وبين أن يُبرىء الغاصب من حكم الغصب، ويأخذ عبده وعقل الجرح، وعلى القول الثاني الذي لا يرى له الخير في ذلك، ليس له إلا أن يضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، أو يأخذ عبده، ولا شيء له من عقل جرحه، وكذلك إذا عفا الغاصب عن قطع اليد على القول بأنه ليس له إلا أن يتبع الغاصب بحكم الغصب، يأخذ منه قيمة عبده يوم الغصب، أو يأخذ العبد كما هو، ولا سبيل له إلا أن يضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، أو يأخذ عبده ولا شيء له من عقل الجرح، وكذلك إذا عفا الغاصب عن قطع اليد على القول بأنه ليس له إلا أن يتبع الغاصب بحكم الغصب، يأخذ منه قيمة عبده يوم غصبه، أو يأخذ العبد كما هو، ولا سبيل له على الجاني للجناية، وعلى القول بأن له أن يسقط عن الغاصب حكم الغصب، يأتي ما ذكره في الرواية من أنه إن اختار أَخذَه، وأخذ من الأجنبي ما نقصه القطع، فيكون إذا

فعل ذلك قد أسقط عن الغاصب حكم الغصب، وإن لم يرد أن يسقط عنه حكم الغصب، أخذ منه قيمة عبده يوم غصبه إياه، وكذلك إن فات الأجنبي ولم يرد أن يسقط عن الغاصب حكم الغصب، يأخذ منه قيمته يوم الغصب، وإن أراد أن يسقط عنه حكم الغصب، فقال في الرواية: إنه يأخذ. عبده مقطوعاً ولا شيء له على الغاصب، لأنه لم يأخذ لسيده عقلاً، وذلك معارض لقوله فيما تقدم في رسم العرية، في الذي يغتصب الشاة فيهديها لقوم، إن صاحبها يرجع على الغاصب، فيغرمه قيمتها، وليس على الذين أُهديت إليهم شيء، ولقوله أيضاً في من المدونة في مسألة المحاباة، في الكراء، ومعارض لقول أشهب أيضاً في المدونة، وفي سماع أصبغ من كتاب البضائع والوكالات، والذي يأتي في هذه المسألة إن فات الأجنبي الجاني ولم يوجد على قياس قول ابن القاسم، في هذه المسائل أن يرجع ربّ العبد على الغاصب بما ترك للجاني من قيمة الجناية على العبد، ولا يتبع الغاصب بذلك الجاني، والذي يأتي فيها على قياس قول أشهب، ألاَّ يرجع ربّ العبد على الغاصب بما ترك للجاني من قيمة الجناية ويتبع بذلك الغاصب الجاني، وقوله إنه إذا أصاب يده أمر من السماء، يريد والعبد عند الغاصب، فذهبت يده، فلا شيء له إلا قيمته، يريد يوم غصبه، أو يأخذه مقطوعاً ولا شيء له على الغاصب، صحيح، لا اختلاف فيه من قول ابن القاسم وتفرقته إذا باعه الغاصب فجنى عليه المشتري بقطع يده، بين أن تكون جنايته عليه عمداً أو خطأً تفسيرٌ ما وقع له في المدونة إذ لم يفرق فيها في ذلك بين العمد والخطأ، وإن له أن يأخذه منه وما نقصته جنايته عليه وإن كانت خطأ ويرجع هذا على البائع بالثمن، ووجه هذا القول أن البيع لمّا كان بيع غرر فكأن ملك صاحبه لم ينتقل عنه، فكان من حقه أن يأخذ عبده وما نقصته الجناية، عمداً كانت أو خطأ. فهذا القول على قياس القول بأن البيع على الرد حتى يجاز، والقول الأول على قياس القول بأن البيع على الإجازة حتى يرد وبالله التوفيق. اللهم يا مولاي لطفك.

ومن كتاب أوله إن خرجت من هذه الدار

وسئل ابن القاسم عن رجل أكري داره سنة فسكنها المتكاري أو لم يسكنها فعدا عليه السلطان، فأخرجه من الدار، فطلب المتكاري القصاص مما سكن، وقال ربّ الدار، الكراء كله عليك، والمصيبة منك، وكيف بمثل هذا إذا نزل في كراء ظهر مضمون، أو بعينه. قال ابن القاسم: قد نزل هذا بين أظهرنا في المسودة الذين قدموا فسكنوا عندنا فقضى فيها الحزمي أن تكون المصيبة على أهل الدور، ويقاصونهم بما

سكنوا قط. قال ابن القاسم: وبلغني أن مالكاً سئل عنها فقال مثل قوله وهو رأي، والظهر مثل ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، قالوا: لأن السكنى والركوب فيما يأتي، وإن كان المكتري قد اشتراه فلم يقبضه بعد، ولا يقدر على قبضه جملة، وإنما يقبضه شيئاً بعد شيء، على ملك صاحب الدار، وصاحب الدابة، فوجب إذا اغتصبه غاصب أن يكون الضمان منه، بمنزلة ما لو انهدمت الدار أو ماتت الدابة. وقد قيل في السلعة بعينها: إن ضمانها من البائع حتى يقبضها المبتاع، وإن كان قبضه لها ممكن، فكيف بالسكنى والركوب الذي لا يمكنه قبضه جملة؟ وقد وقع في المجموعة لابن القاسم وعبد الملك فيمن اكترى داراً أو أرضاً فغصبها منه رجل، فسكن وزرع إن الكراء على المكتري، إلا أن يكون سلطان ليس فوقه سلطان، يمنع منه إلا الله. وليس السلطان كغيره، وهو عندي تفسير لما تقدم، ولأنه إذا أخرجه من الدار، من يقدر على الامتناع منه برفعه إلى من يحول بينه وبينه فلم يفعل فكأنه قد سلم له الدار، وأما إذا غصبه فيها وأخرجه عنها من لا يقدر على الامتناع منه، فهو كانْهِدامِها الذي لا صنع له فيه، ولا قدرة له على الامتناع منه، وكذلك الدابة سواء. وقد حكى ابن حارث أنه رأى في بعض الكتب عن سحنون، أن المصيبة من المكتري، وهو بعيد. فإن قيل إن ذلك على القول بأن قبض أوائل الكراء، قبض لجميع الكراء، عورض بجميعهم، على أن انهدام الدار من ربّ الدار. قال ابن حارث: وينبغي أن ينظر في الغصب إن كان قصد به رقبة الدار أو السكنى فإن كان غصبه لرقبة الدار، فهو كالانهدام، وإن كان للسكنى فهو من المكتري والله أعلم.

وهي تفرقةٌ لا وجه لها في هذا، وإنما تفترق فيما يضمن الغاصب على ما روى أصبغ عن ابن القاسم في الذي يغتصب السكنى قط، فتنهدم الدار في سكناه، مثل هؤلاء المسودة الذين ينزلون على الناس، أنه لا ضمان عليه للهدم، ولا يجب عليه إلا قيمة الكراء. وقاله أصبغ، لأنهم لم يغصبوا رقاب الدور، إلا أن تنهدم من طول سكناهم، وفي هذا بيان.

والحزمي قاضي مصر أيام الهادي والرشيد، اسمه عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن عمر بن حزم الأنصاري يكنى أبا الطاهر الأعرج. والله الموفق.

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الرجل تقوم له البينة أن رجلاً غصبه أرضاً له، فيأتي الذي استحق عليه

الغصب بالبينة، أنه اشتراها منه، ولا تدري البينة متى كان الاشتراء، بعدما ادعاه من الغصب أو قبل، أو يعلم ذلك ويثبت أن الغصب كان قبل الاشتراء. قال ابن القاسم: بينة الاشتراء أحقّ وأولى وأثبت، علم أن الغصب قبل أو لم يعلم، لأنه إن كان الغصب قبل الاشتراء، فقد اشترى بعد الغصب وبطل الغصب وما فيه، وإن كان الاشتراء قبل الغصب، فشهادة الذين شهدوا على الغصب باطل، ولا حجة له فيها، فشهادة الاشتراء أحقّ وأثبت.

قال محمد بن رشد: زاد ابن حبيب في الواضحة في هذه المسألة متصلاً بآخرها: إلا أن يكون الشهود الذين شهدوا على الشراء، إنما شهدوا أنه اشتراها منه وهو مغصوب بحاله، ولم يرد إليه، ولم يملكه، فيكون شراءً مفسوخاً مردوداً بالغصب الذي كان قبله، ويرد الثمن الذي أخذ فيه عن مطرف وابن القاسم وأصبغ. وهذا الذي زاد ابن حسيب في الواضحة، في هذه المسألة وحكاه عمن حكاه من أصحاب مالك، صحيح، ينبغي أن يحمل على التفسير للمسألة، لأنه إذا اشتراها منه قبل أن يردها إليه، ردّاً صحيحاً بين بها وينقطع خوفه عنه فيها، لكونه على حاله من الظلم والتعدي والقدرة على الامتناع من جريان الحقّ عليه، فهو شراء فاسد، لأنه مغلوب على بيعها منه، وإن كان مقراً له بها، إذ لا يقدر على أخذها منه، وأما إن كان اشتراها بعد أن عزل وعاد ممن تأخذه الأحكام، فالشراء صحيح، لأنه لا يشتريها منه إلا وهو مقر له بها، وإذا أقر له بها، وأنه غصبه إياها، وهو ممن تأخذه الأحكام، فلا فرق في جواز شرائه إياها منه، وهي بيده قبل أن يردها إليه أو بعد أن ردها إليه، وقد أجاز ابن القاسم في الصرف من المدونة شراءه الجارية منه إذا كان مقراً بقبضها وإن كانت غايته قد حملها إلى بلد آخر إذا وصفها من أجل أنه ضامن لما أصابها واعترض ذلك سحنون من أجل مغيبها فقال: قول أشهب فيها أحسن، وهو ألا يجوز بيعها إلا بعد معرفتها بقيتها، فإذا كانت حاضرة ارتفع الاعتراض، ولم يكن في جواز شرائه إياها من صاحبها كلام، إذا كان حينئذ ممن تأخذه الأحكام، وعلى هذا تحمل مسألة المدونة وكذلك إذا باعها صاحبها من غير الغاصب، وهي في يد الغاصب، إن كان ممن له السلطان، ويقدر على الامتناع فلا يجوز البيع بإجماع، لأنه غرر، كالعبد الآبق والجمل الشارد، إذ لا يدري مشتريه متى يصل إليه؟ وهو نص قول مالك في رواية زياد عنه. قال: من ابتاع عبدا أو قرية في يد إمام ظالم، من صاحب الأصل، لم يجز ذلك البيع، وكان مردوداً لأنه غرر، قال مالك: فإن فات مضى بالقيمة، وأما إن كان ممن تأخذه الأحكام، ولا يقدر على

الامتناع، وهو غائب أو حاضر، منكر للغصب، ففي ذلك في الحاضر المنكر قولان: أحدهما وهو المشهور في المذهب، أن ذلك لا يجوز لأن شراء ما فيه خصومة غرر، والثاني ان ذلك جائز، وهو قول ابن القاسم في الشهادات من المدونة وفي الغائب ثلاثة أقوال: أحدها إن ذلك لا يجوز، والثاني إن ذلك جائز، والثالث الفرق بين أن يكون على الغصب بينة، أو لا يكون، وقد قيل: إن الخلاف إنما هو إذا كان على الغصب شهود، وأما إذا لم يكن عليه شهود، فلا يجوز قولاً واحداً، ومن هذا المعنى شراء الدين على الحاضر المنكر، إذا كانت عليه بينة، أو على الغائب وقد مضى تحصيل القول فيه في نوازل أصبغ من كتاب الجامع البيوع وبالله التوفيق.

مسألة:

ومسألته عن البينة تشهد للرجل أنّ فلاناً غصبه أرضاً له في قرية تسمى فلانة، ولا يعرفون موضع الأرض منها، غير أنهم يشهدون أنه غصبه فيها أرضاً، والغاصب منكر لما شهد به عليه. قال ابن القاسم: شهادتهم باطل، ولا شهادة لهم، لأنهم لا يشهدون على شيء معروف ولا محدود ولا شيء بعينه، والمشهود عليه منكر لذلك، فشهادتهم ساقطة، لا يقطع عليه بشيء.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في المجموعة لابن القاسم بعينها على نصها، وزاد فيها، قال: ولو شهدوا على الأرض ولم يثبتوا الحوز، فذكر نص رواية يحيى عنه في حرفاً بحرف، فبان بهذا أنه فرق بين المسألتين، وإن رواية عيسى هذه ليست مخالفة لرواية يحيى المذكورة، ولا لرواية أصبغ من هذا الكتاب، وأما رواية أصبغ، فهي مخالفة لرواية يحيى. وقد قيل: إنه لا فرق بين المسألتين، وإن الخلاف داخل في مسألة رواية عيسى هذه.

وقد مضى تحصيل هذه المسألة في رسم المكاتب من سماع يحيى من فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها عيسى بن دينار

قال عيسى: من غصب جارية فباعها في سوق المسلمين، فاتخذها المشتري، ثم أتى ربها فاستحقها، فإنه مخير على الغاصب في وجهين، وعلى المشتري في وجهين، إن شاء أخذ من الغاصب قيمتها يوم غصبها، وإن شاء فالثمن الذي باعها به، فإن أخذ الثمن أو القيمة مضت الجارية للمشتري، فإن أبى المستحق، أخذ القيمة أو الثمن من

الغاصب، فهو مخير على المشتري، إن شاء أخذ منه جاريته، وإن شاء ترك الجارية وأخذ منه قيمتها وقيمة الولد، فإن أخذها وقيمة ولدها، أو أخذ قيمتها وقيمة ولدها رَجع المشتري على البائع بالثمن الذي دفع إليه فقط، ولا يرجع عليه للولد بشيء، وإن ماتت الأم عند المشتري، فأراد المستحق أن يأخذ منه قيمتها، وقيمة ولدها، فليس ذلك له، وإنما له عليه قيمة ولدها فقط، إن أراد، وإن كره فله الثمن، أو القيمة على الغاصب، قال: وإن وجد ولدها قد ماتوا، فلا شيء له فيهم، وإن قُتلوا فدياتهم لأبيهم، وقيمتهم عليه للمستحق، إلا أن تكون دياتهم أقل من قيمتهم، فلا يكون عليه غيرها قال: وإن كان المشتري إنما زوجها فولدت، فالولد للمستحق مع الأمة، إن أراد أخذهم وأخذ الأمة، وإن أبى ذلك فليس له على المشتري شيء، ويرجع على الغاصب، فيأخذ منه الثمن أو القيمة. قال: وإن كانت الأمة إنما ولدت عند الغاصب، فسواء ولدت منه أو من زوج زَوّجَها إياه الغاصب، فالمستحق مخير، إن شاء أخذ من الغاصب قيمتها يوم غصبها، وإن شاء أخذها وأخذ ولدها، وكان على الغاصب الحد، إذا كان الولد منه، وإن مات ولدها عند الغاصب منه كانوا منه أو من غيره، ثم استحق مستحق الأمة، فأراد أخذها أو أَخْذ قيمة الولد، فليس ذلك له، قال أشهب: عليه قيمة الولد يوم ولدوا. قال أصبغ: وبه آخذُ. قال عيسى: وإنما له قيمتها يوم غصبها، أو يأخذها وحدها، وكذلك لو ماتت هي وبقي ولدها، فأراد أخذ الولد، لم يكن له غيرهم. وإن أباهم فله قيمة الأم يوم غصبها، قال: فإن وجد الأمة عند الغاصب لم تلد، وهي بحالها وأحسن حالاً، فليس له غيرها، وإن أراد تركها وأخذ قيمتها، فليس ذلك له، وإن وجدها قد نقصت، فأراد أخذها وأَخْذ ما نقص، فليس ذلك له، وليس له إلا أن يأخذها بعينها، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم غصبها، إلا أن يكون نقصانها من شيء صنعه بها الغاصب، من قطع يد أو رجل، أو فقي عين، أو قطع أُذن، أو شيء جاء من قبل الغاصب، فيكون له حينئذ أن يأخذها ويأخذ ما نقصها، الذي صنع بها، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم غصبها، وإن كان ذلك من فعل غير الغاصب، فليس له إلا أن يأخذها ناقصة، ويتبع الذي فعل ذلك بها، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم غصبها، ويتبع الغاصب الذي فعل ذلك بها، قال: وإن وجدها عند المشتري الذي اشتراها وهي بحالها وأحسن حالاً، فليس له إلا الثمن الذي باعها به، أو يأخذها بعينها من المشتري، وإن وجدها وقد باعها المشتري من آخر، ثم باعها الآخر من آخر أيضاً، وهي بحالها وأحسن حالاً فهو بالخيار في أخذ أي ثمن شاء من أثمانها التي بيعت بها، وتمضي الجارية لمشتريها، ويأخذ ذلك الثمن من الذي

قبضه ويرجع الذي أخذ منه الثمن الذي باعه به إياها وإن شاء المستحق أخذ جاريته، وليس له أن يضمن الغاصب قيمتها.

قال محمد بن رشد: قول عيسى بن دينار في هذه المسائل كلها صحيح، على المشهور من مذهب ابن القاسم، ونص قوله وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، وفي بعضها اختلاف من قول ابن القاسم وغيره، من ذلك قوله في أول المسألة في الغاصب إذا باع الجارية فاتخذها المشتري أم ولد: إن صاحبها المُستحق لها، مخير على الغاصب في وجهين: إن شاء أخذ منه قيمتها يوم غصبها، وإن شاء الثمن الذي باعها به، ويجبر عليه أيضاً في وجه ثالث، وهو أن يأخذ منه قيمتها يوم باعها، على قياس قوله بعد هذا، وقول ابن القاسم أيضاً في المدونة في الغاصب يجني على العبد الذي غصبه: إن سيده يخير بين أن يأخذ قيمته منه يوم غصبه، وبين أن يسقط عنه حكم الغصب، وُيطالبه بحكم العداء عليه بالجناية، فيأخذه وما نقصته جنايته عليه، لأن البيع عداء آخر، بعد الغصب، فيكون له أن يسقط عنه حكم الغصب، ويطالبه بحكم العداء عليه بالبيع فيكون من حقه أن يضمنه قيمته يوم البيع إن شاء، لأنه قد فات عنه المشتري، بمنزلة من عدا على رجل فباعه، ففات عند المشتري، إنه مخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، وبين أن يضمنه قيمته يوم باعه. وقوله: إنه مخير على المشتري في وجهين، إن شاء أخذ جاريته وقيمة ولدها، يريد يوم الحكم، وإن شاء أخذ قيمتها وقيمة ولدها، يريد يوم الحكم أيضاً، ويخير عليه أيضاً في وجه ثالث، وهو أن يأخذ منه قيمتها يوم وطئها ولا شيء له من قيمة ولدها، حسبما بيناه في رسم القطعان، من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات. وإلى هذا القول رجع مالك رحمه الله، وبه حكم عليه في أُم ولده محمد.

وقد حكى ابن عبدوس عن ابن كنانة ان الذي كان عليه مالك حتى مات، إنه يأخذها وقيمة ولدها، ولا اختلاف فيما ذكره من أنه ليس له أن يضمن المشتري قيمة من مات من الولد أم الأم إذْ ليس المشتري بغاصب ولا متعدي وإنما له أن يأخذ الأم، أو قيمتها، إن كان الأولاد هم الذين ماتوا، أو قيمة الأولاد إن كانت الأم هي التي ماتت، وما ذكره من أن الولد إذا مات عند الغاصب لا ضمان عليه فيهم، وأنه ليس لمستحق الأمة أن يأخذها وقيمة ولدها وإنما له أن يأخذها وحدها، أو يأخذ قيمتها يوم غصبها، معناه: إذا عرف موتهم، وهو مذهب ابن القاسم، لم يختلف قوله في أنه يلزمه ردّ الولد مع الأم، إن كانوا أحياءً، وكذلك إن كان أكلهم أو استهلكهم ولا في أنه لا

تلزمه القيمة فيهم، إذا ماتوا وعرف موتهم، وأما إذا ماتت الأمهات وبقي الأولاد، فليس له عنده أن يأخذ الأولاد ولا قيمتهم إن أكلهم أو استهلكهم ويضمنه قيمة الأمهات، لأنه إذا ضمنه قيمة الأمهات يوم الغصب، كان الولد إنما حدث فيما قد ضمن بالقيمة، وإن أراد أن يسقط عنه حكم الغصب، فيأخذ الأولاد أو قيمتهم، إن كان أكلهم أو استهلكهم يوم أكلهم أو استهلكهم، كان ذلك له، وكذلك الغلل المتولدة عن الشيء المغصوب عنده، يلزمه ردها إن كانت قائمة بعينها، ويضمنها إن أكلها أو استهلكها وإن تلفت ببينة، لم يكن للمغصوب منه أن يأخذ الأصول، ويضمنه قيمة الغلل التي تلفت، وإنما له أن يأخذ الأصول وحدها. وأما إن تلفت الأصول، فليس له أن يأخذ الغلة إن كانت قائمة، ولا قيمتها ان كان أكلها أو استهلكها، ويضمنه قيمة الأصول، لأنه إذا ضمنه الأصول يوم الغصب، كانت الغلة إنما حدثت فيما قد ضمن بالقيمة، فوجب أن يكون له، وإن أراد أن يسقط عن الغاصب حُكم الغصب، فيأخذ الغلة إن كانت قائمة، أو قيمتها إن كان قد أكلها أو استهلكها، كان ذلك له. وقد قيل في الغلل المتولدة عن الشيء المغصوب: إنها للغاصب لا يلزمه ردها إن كانت قائمة، ولا ردّ قيمتها إن كان أكلها، لأنه كان ضامناً للأصول لو تلفت، فكانت له بالضمان على ظاهر قول النبي عليه السلام " الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ [1] " بخلاف الأولاد لا اختلاف في أن للمغصوب منه أن يأخذ الأولاد أو قيمتهم، إن أكلهم الغاصب أو استهلكهم، وأشهب يحكم الأولاد والغلل بحكم الأصول، فيضمنه القيمة في ذلك كله، وإن قامت البينة على تلف الولد يوم ولدوا، والغلل يوم صارت بيده، فيتحصل في الأولاد قولان: أحدهما. أنهم كالأمهات، والثاني أنه لا يلزمه ضمانهم، إن ماتوا وعرف ذلك، ويلزمه ردهم مع الأُمهات أورد قيمتهم إن أكلهم أو استهلكهم. وإن تلفت الأمهات، كان له الأولاد إذا

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٠٤)، وأخرجه أبو داود (٣٠٤٨)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٣٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٣٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٦٧١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣٥)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢١١٣)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٨٧٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٤٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٩٤٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٢)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (٦٤٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٣٤٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٥٨٠)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٢٢)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٦١٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٤٤).

ضمن قيمة الأمهات يوم الغصب، ويتحصل في الغلل المتولدة عن الشيء المغصوب ثلاثة أقوال: هذان القولان اللذان في الأولاد، والقول الثالث إن الغلة تكون للغاصب بحكم الضمان وإن كان الأصل قائماً لم يتلف. وأما الغلل التي ليست بمتولدة عن الشيء المغصوب، كالأكرية والخراجات، فيتحصل فيها ستة أقوال: أحدها إنه حكمها حكم الأصول المغصوبة، فيلزمه ضمانها وإن تلفت ببيّنة والثاني: إنها تكون له بالضمان، فلا يلزمه ردها جملة من غير تفصيل؛ والثالث إنه يلزمه ردها جملة من غير تفصيل بين أن يكري أو يبيع أو يعطل؛ والرابع إنه يلزمه ردها إن أكري ولا يلزمه إن انتفع أو عطل؛ والخامس إنه يلزمه إن أكري أو انتفع ولا يلزمه إن عطل؛ والسادس الفرق بين الحيوان والأصول، فتكون له الغلة في الحيوان بالضمان، ولا تكون في الأصول لأنها مأمونة. وقوله: إنه إن وجد الأمة عند الغاصب لم تلد، وهي بحالها أو أحسن حالاً، فليس له غيرها، وإن أراد تركها وأخذ قيمتها فليس ذلك له، هو مذهب ابن القاسم. ظاهر قوله إن كانت رائعة إذ لم يفرق في ذلك بين أن تكون رائعة أو غير رائعة. وكذلك قال فيمن اشترى جارية من غاصب فأجاز ربها البيع، وقال المشتري لا أقبلها لأنها غصب، إن البيع يلزمه، ولم يفرق بين أن تكون رائعة أو غير رائعة، وعلى ما ذهب إليه ابن حبيب لا يلزمه، لأنه يقول: لا أرضى بجارية غيب عليها غصبا، وقد قيل في الجارية: إنه يضمن قيمتها بالغيبة عليها. حكى ذلك ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون، وقال: إنه قول مالك وجميع أصحابه، ولم يفرق في ذلك أيضاً بين أن تكون رائعة أو غير رائعة. قال أصبغ: وذلك إذا كانت رائعة، وقوله في التفرقة بين الرائعة وغير الرائعة في ذلك جيد. وأما العبيد والدواب فلا يلزم الغاصب قيمتُهم إلا أن يفوتوا عنده بنقصان في أبدانهم، فيلزمه قيمتهم يوم الغصب. هذا مذهب ابن القاسم، وفي ذلك اختلاف كثير، قيل: إن حوالة الأسواق بالنقصان فوتٌ يلزمه به قيمتهم يوم الغصب، وقيل إن طول الزمان فوت وإن لم تَحُل الأسواق أو حالت بزيادة يلزمه به قيمتهم يوم الغصب، وإلى هذا نحا ابنُ القاسم في المدونة بقوله: ولولا ما قال مالك لجعلت على الغاصب والسارق مثل ما أجعل على المستعير والمتكاري من تضمينه قيمتها بحبسه إياها على أسواقها أو أخذها وكراء ركوبه إياها، وقيل إنها إذا حَالتْ بزيادة فلصاحبها أن يضمنه أرفع القيم، لأنه كان عليه أن يردها في كل وقت، فهو غاصب لها في الأوقات كلها، فيكون من حقّ صاحبها أن يضمنه قيمتها أيَّ وقت شاء من الأوقات التي مرت عليه وهي عنده. حكى هذا القول ابن عبدوس عن ابن

وهب وأشهب وذهب بعض المتأخرين إلى الفرق بين أن تكون إلى التجارة أو القِنية، فإن كانت للتجارة كان عليه أرفع القيم كأنه حرمه بيعها في ذلك الوقت، وإن كانت للقنية لم يكن له شيء. وهذا نحو ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ فيمن غصب داراً فأغلقها أو أرضاً فبورها أو دابة فوقفها أنَّ عليه كراء ما حصل عليه من ذلك كله، لأنه حال بينه وبين كرائها ومنعه من ذلك. وقد حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الغاصب إذا سافر على الدواب التي اغتصبها السفر البعيد ثم ردها، فصاحبُها مخير في القيمة يوم غصبها وإن كانت اليوم أحسن حالاً، لأنه قد رمى بها القدر وعرَّضها الفوت، وفي أخذ دابته بعينها مع كراء ركوبه إياها. ومثل هذا حكى أبو زيد عن ابن الماجشون، وزاد قال: وإنما هو بمنزلة المكتري إن تعدى على ما اكترى، فانظر حيث يلزم المكتري القيمة فألزم ذلك الغاصب، أمرُهما واحد. ولو كان الغاصب أمسكها في داره أياماً كثيرة قَدْرَ مَا لو سافر بها لزمته قيمتُها، لم يلزمه في حبسه إياها قيمته إذا جاء بها صحيحة من غير سفر وإن كان قد حبسها عن أسواقها. وتفرقة ابن الماجشون هذه إذا حبس الغاصب الدابة عن أسواقها وأتى بها على حالها بين أن يسافر عليها في المدة التي حبسها فيها أو لا يسافر، قول خامس في المسألة. وسائر ما ذكره عيسى في الرواية بينٌ لا وجه للقول فيه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسئل عن غاصب الأرض يحفر فيها حفرة تضر بالأرض أيؤمر بردمها إذا استحقها صاحبها، قال نعم عليه ردمها.

قال محمد بن رشد: هذا بينٌ على ما قاله، لأن الأرض يمكن إصلاحها بردم ما احتفظ فيها، فوجب ألا تفوت بذلك وإن يكلف الغاصب إصلاح ما أفسد منها. وهذا أبين من الثوب الذي يتعدى عليه الرجل فيحرقه حرقاً يسيراً أنه يكلف إصلاحه وغرم ما نقصه بعد الإصلاح، ولو كانت الأرض إذا ردمها الغاصب لا تعود إلى حالها وينقص ذلك من قيمتها يتخرج ذلك على قولين: أحدهما إنه ليس له إلا أن يأخذها على حالها أو يضمنه قيمتها يوم غصبها، والثاني: إن له أن يسقط عن حكم الغصب، ويطالبه بحكم العداء، فيكون من حقه أن يكلف ردمها وغرم ما نقصها ذلك بعد الردم، بمنزلة الثوب يتعدى عليه الرجل يحرقه، ولو كانت الحفرة مما ينتفع بها لاختزان الطعام لكانت للمستحق ولم يكن عليه فيها شيء للغاصب، إذ لا ثمن لذلك منقوضاً،

وإن استغنى عنها كان من حقه أن يأمر الغاصب بردمها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال عيسى في ظالم أسكن معلماً في دار رجل ليعلم له فيها ولده ثم مات الظالم ومات المعلم، إن صاحب الدار مخير في كراء داره، إن شاء أخذه من مال الظالم، وإن شاء أخذه من مال المعلم.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أسكن المعلم في الدار على وجه الإسكان ثواباً على تعليم ولده فيها، فصار قد اشترى سكنى الدار منه بتعليم ولده فيها، فوجب لرب الدار أن يأخذ كراء داره ممن شاء منهما، بمنزلة من أخذ طعام رجل فباعه من رجل وأكله المشتري، أن لرب الطعام أن يضمن طعامه لمن شاء منهما، فإن ضمن البائع صح الشراء للمشتري، وإن ضمن المشتري كان له أن يرجع بالثمن على البائع، وكذلك صاحب الدار في هذه المسألة، إن أخذ الظالم بكراء داره لم يكن له رجوع على المعلم، وإن أخذ المعلم به كان له أن يرجع على الظالم بقيمة تعليم ولده أو بما يقع من التعليم للكراء إن كان أكراه على تعليم ولده بالسكنى في الدار وبزيادة زاده على ذلك. وسواء علم المعلم بتعديه على الدار أو لم يعلم، لأنه منتفع، وهذا إذا لم يغصب الظالم رقبة الدار، وإنما غصب سكناها فقط. وأما إذا غصب الرقبة فليس لربها من كرائها شيء على واحد منهما، على القول بأن الغلة للغاصب جملة من غير تفصيل وقد مضى تحصيل الاختلاف في هذا قبل هذا في هذه النوازل. وبالله التوفيق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم

من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم، عن الرجل المعروف بالظلم للناس والتعدي عليهم في أموالهم، من ذوي السلطان والولاة، يدعي الرجل أنه ظلمه في أرض غلبه عليها، أو غير ذلك من الأموال، ولا يجد على دعواه عدولاً من البيّنات، وهو يجد شهوداً لا يعرفون بعدالة، ولا يوصفون بسخطة حال، أيقبل مثل هؤلاء على من عرف بالظلم والتعدي، أو لا يقبل عليه، إلا مثل من يقبل على غيره من عدول الشهداء؟ فقال: لا تجوز شهادة غير العدول على أحد من الناس، كان المشهود عليه ظالماً أو غير ظالم. قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب، إن شهادة المجهول الحال لا تجوز شهادته حتى يُعدَّل لقول الله عزْ وجل ﴿مِمنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]ولا يُرضي إلا من عرفت عدالته، غير أن ابن حبيب أجاز شهادة المجهول الحال، على التوهم فيما يقع بين المسافرين في السفر للضرورة إلى ذلك، قياساً على إجازة شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح، ومراعاة للاختلاف، إذ من أهل العلم من يحمل الشاهد على العدالة حتى تعرف جرحته، على ظاهر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " الْمُسْلِمونَ عُدُولٌ [1] بَعْضُهُم عَلَى بَعْضٍ إلاَّ مَجْلُوداً فِي حُرّ ومُجَرّباً عَلَيْهِ شَهَادةُ زُور " وهو قول الحسن، ومذهب الليث بن سعيد. وقد اتفقوا في الحدود والقصاص، على أن الشهادة لا تجوز في ذلك إلا بعد المعرفة بعدالة الشاهد، وهذا يقضي على ما اختلفوا فيه إن شاء الله. ومن أصحابنا المتأخرين من أجاز شهادة الشاهد المجهول الحال، في الشيء اليسير من المال، وهو استحسان على غير قياس، لقول الله عزْ وجل:﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وما روي عن عمر رضي الله عنه من قوله: " وَالَّذي نَفْسِي بِيَدِه، لا يُوسَرُ رَجلٌ فِي الإسْلامِ بِغَيْر الْعُدُولِ ". وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: إن قوماً عرفوا بالغصب لأموال الناس، من ذوي الاستطالة بالسلطان ثم جاء إليه بوالٍ أنصف منهم، واعدى بالحقوق عليهم، فربما سئل طالب الحقّ قبل أحدهما البينة أنه اغتصبه الذي يدعي قبله، فلا يجدها على حضور الغصب ومعاينته، وهم يشهدون أنهم كانوا يعرفون الحقّ للمدعي وفي يديه، إلى أن صار إلى المطلوب ذلك قبله الظالم المعروف بالغصب، لا يدرون كيف صار ذلك إليه؟ إلا أن صاحب ذلك الحقّ كان يشكو أنه غصبه إياه، وكانوا يسمعون ذلك من جيرانهم، أو عسى أن لا يذكروا شيئاً غير أنهم عرفوا ذلك في أيدي المدعي إلى أن صار إلى المطلوب به اليوم لا يدرون كيف صار ذلك إليه، أترى أن يعدى عليه بمثل هذه الشهادة؟ فقال: إذا كان المطلوب معروفاً بما وصفت من التعدي على أموال الناس والقهرة لهم عليها، وهو ممن يقدر على ذلك، رأيت الذي وصفت من شهادة الشهداء، إذا كانوا عدولاً، يوجب للمدعي أخذ حقه من المطلوب إلا أن يأتي الظالم ببينة على اشتراء صحيح أو عطية

(١) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١٢٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٠٣٨).

ممن كان يأتي من ظلمه وتعديه عليه، أو يأتي بوجه حقّ ينظر له فيه.

قلت: أرأيت إن جاء بالبينة أنه اشترى منه، فزعم المدعي أن ذلك البيع إنما باعه منه من شدته وسطوته، وهو ممن يقدر على ضرره وعقوبته، لو امتنع من مبايعته؟ قال: أرى أن يفسخ ذلك البيع إذا ثبت عند القاضي أن المشتري موصوف بمثل ما زعم البائع من استطالته وظلمه، وأنه قد عمل ذلك بغيره.

قلت: فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية، ثم دس إليه من يأخذه منه سراً، ولو لم يفعل لقي منه شراً قال: لا أرى أن يقبل قوله، وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم بالله لقد دفع إليه الثمن ثم لم يرتجعه ولم يأخذه بعد دفعه إياه إليه.

قال محمد بن رشد: أما ما ذكره من أن الظالم المعروف بالغصب لأموال الناس والقهرة لهم عليها، لا ينتفع بحيازته مال الرجل في وجهه، ولا يصدق من أجلها على ما يدعيه من شراء أو هبة أو صدقة، وإن طال في يديه أعواماً إذا أقر بأصل الملك لمدعيه أو قامت له بذلك بينة، فهو صحيح لا أعلم فيه اختلافاً لأن الحيازة لا توجب الملك وإنما هي دليل عليه توجب تصديق غير الغاصب فيما ادعاهُ من تصييره إليه، لأن الظاهر أنه لا يحوز أحدٌ مال أحد وهو حاضر لا يدعيه ولا يطلبه إلا وقد صار إلى الذي هو بيده إذا حازه في وجهه العشرةَ الأعوام ونحوها، لقول النبي عليه السلام " مَنْ حَازَ شَيْئاً [1] عَشْرَ سِنِين فَهُوَ لَهُ " معناه عند أهل العلم بدعواه مع يمينه، وأما الغاصب فلا دليل له في كون المال بيده وإن طالت حيازته له في وجه صاحبه، لما يعلم من غصبه لأموال الناس والقهرة لهم عليها. وأما إن أثبت الغاصبُ الشراء ودفع الثمن، فادعى البائع أنه أخذه منه في السر بعد أن دفعه إليه، فهو مدع لا دليل له على دعواه، فوجب أن يكون القول قول الغاصب المدعى عليه، كما قال في الرواية، لقول النبي عليه السلام " البَيِّنةُ عَلَى مَن ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ [2] " وقد روي عن يحيى بن

---

(١) أخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى (٥٧٣).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٥٠)، وأخرجه الترمذي (٨٧)، وأخرجه أبو داود (٤١٣٦)، وأخرجه ابن ماجه (٦٩٠)، وأخرجه أحمد في مسنده (١١٤١)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٩٤٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٣٠٩١)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٩٥٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥١٢٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢١٠١)، وأخرجه الطبراني في مسنده (١٧٥٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٤٠٨)، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف (٤٣٩)، وأخرجه الطحاوي في =

يحيى أنه قال: إذا ادعى البائع أنه أعطاه الثمن في الظاهر، ودس عليه من أخذه منه، فإنه ينظر إلى المشتري فإن عرف بالعداء والظلم والتسلط، فإني أرى القول قول البائع مع يمينه، لقد دفع إليه المال قهرة وغلبة، ويردها عليه بغير أن يرد إليه الثمن. وقاله ابن القاسم، ومع ذلك في بعض الروايات، وهو إغراق إذا أقر أنه قد دفع إليه الثمن، ثم ادعى أنه أخذه منه. وأما لو لم يقرَّ أنه قبض الثمن، وقال: إنما شهدت له على نفسي بقبضه، تقية على نفسي، وخوفاً منه، أشبه أن يصدق في ذلك مع يمينه، في المعروف بالغصب والظلم، وإنما يكون ما قال يحيى من تصديق البائع فيما ادعاه من أنه دس إليه في السر من أخذ الثمن منه، إذا شهد له أنه قد فعل ذلك بغيره. وبالله التوفيق اللهم لطفك.

ومن كتاب الصبرة

وسئل ابن القاسم عن الرجل يغتصب العبد، فيستحقه عنده المغتصب منه، وقد جنى جناية عند المغتصب، فقال: صاحب العبد بالخيار، إن شاء أسلم العبد إلى المجروح، وأخذ قيمة عبده من الغاصب يوم غصبه إياه، وإن شاء افتدى عبده بعقل ما جنى وينظر إلى ما يرى أن الغاصب كان يغرمه لصاحب العبد من قيمة العبد لو اختار ذلك، وما يلزمه من عقل جناية العبد، إن أراد افتداءه، فيغرم لربّ أقلِّ ذينك الغرمين، وذلك أن الغاصب لا بد له من غرم أحدهما مع إسلام العبد لربه، أو للمجروح إن أراد سيد العبْد أخذ قيمته، فلما ألزم الغاصب غرم قيمة العبد لسيده، وافتداء العبد من المجروح أو إسلامه اليه، رأينا سيد العبد أولى برقبته، وأغرمنا الغاصب لعداه وظلمه لسيد العبد، ما لم يكن له بدّ من غرمه لغيره، وأخذنا في ذلك بالأقل، لأنه وإن ظلم، فقد كان إن اختار سيد العبد قيمة عبده، أن يخرج عقل الجناية، فيفتدي بها العبد أو يسلمه أو يبرأ.

قلت له: فإن قال الغاصب: أنا أفتك العبد حتى يصير غير معيب ولا مأخوذ بعقل جناية، ولا مُتبع بها، ثم يأخذه سيده سليماً كما اغتصبه إياه بها ذلك له. وهذا يشد القول الأول. أو لا نرى أن الغاصب البيان حين طلب العبد لسيده قد خرجت الرقبة من يده إلى سيد العبد وغرم عقل الجناية للمجروح فما حجة من زعم أن ليس للسيد

=

شرح معاني الآثار (١٥١٥)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (٢١٥٧).

إلا أن يأخذ بجنايته؟ فيكون قد خرجت الرقبة من يديه إلى المجروح وغرم القيمة للسيد، فالسيد أحقّ برقبة عبده، وبأقل الغرمين اللذين لا يجد الغاصب بداً من غرمهمَا على حال من الحال، غير أن السيد إن اختار القيمة وترك الرقبة لم يكن له إلا ذلك فقط، قال: وإن كانت جنايته عمداً.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية: إن سيد العبد إن ترك أن يضمن الغاصب قيمة العبد يوم غصبه إياه، وافتدى عبده بعقل ما جنى يرجع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد أو مما افتكه به، استحسان على غير حقيقة القياس، وقد ذكر وجهه بما لا مزيد عليه. والقياس قوله في كتاب الرهون من المدونة: إن سيد العبد بالخيار، إن شاء سلم العبد للغاصب وأخذ منه قيمته يوم اغتصبه، وإن شاء أن يفتكه بدية الجناية، ولا يتبع الغاصب بشيء مما وداه، وذلك أن جناية العبد المغصوب نقصان من قيمته، فلا فرق في القياس بين أن يجني جناية تكون نصف قيمته، أوتنقص من قيمته نصفها بعيب حدث فيه، فكما ليس لسيده أن يأخذه ويضمن الغاصب قيمة العيب الذي حدث به عنده، فكذلك ليس له أن يأخذه ويرجع عليه بما افتكه به. قال في الرواية: وإن كانت جناية عبد أو سكت عن الجواب في ذلك. وحكم العمد في ذلك حكم الخطأ، سواء أن كانت الجناية عمداً لا قصاص فيها، بأن تكون على حر أو عبد في الجراح التي هي مَتالف،كالجائفة والمنقلة والمأمومة، لأن سيده مخير بين أن يفتكه بجناية أو يسلمه بها، وكذلك إن كانت جنايته على عبد فيها القصاص، فلم يرد سيد العبد المجنى عليه أن يقتص وأراد أن يتخذه بجنايته على عبده، لأن الخيار يرجع في ذلك إلى سيد العبد المجنى عليه من العبد المغصوب فيما دون النفس من فقء عينه أو قطع يده وما أشبه ذلك، فليس لسيد العبد عليه من المغصوب منه إلا أن يأخذ عبده كما هو، أو يضمن الغاصب قيمته يوم غصبه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أول عبد ابتاعه فهو حر

قال: وسألته عن الرجل يعدو على أرض الرجل فيزرعها، ثم ينصف صاحب الأرض فيعدى على حقه، في أوانٍ لو شاء أن يعمل فيه أرضه أمكنه ذلك، ولم يمنع منها، فيترك الزرع، حتى إذا أمكن تنازع فيه الذي زرعه، والمقضي له بالأرض المتعدي عليه، فأراد أن يأخذه، ويغرم للمتعدي بذره أو قيمة بذره، فقال: صاحب البذر أحقّ بزرعه، لأن صاحب الأرض إذا أمكن من أرضه في أوان عمل فترك الزرع فيه، فهو الذي يذره وعليه كراء الأرض لربها. قال: وإن دعا ربّ الأرض الغاصب إلى أن يقلع

انباته ليزرعها ربّ الأرض، فترك الغاصب نزع نباته يابساً من منفعته، فبريء من ذلك إلى ربّ الأرض، وقال لا حاجة لي به فاصنع به ما شئت، فقال ربّ المال: أما إذ لا حاجة لك فيه فأنا أقره في أرضي ليكون لي منفعته، فلما بلغت تنازعا فيه. قال: أراه لصاحب الأرض، لترك الغاصب إياه يابساً من الانتفاع به لو نزعه، لأن ربّ الأرض إنما ترك عمل أرضه بما ترك له الغاصب من بنيانه.

قال الإمام القاضي: وهذا كما قال: إنه إذا أعدى على حقه، وهو أن يقلع زرع الغاصب ويزرع أرضه فلم يفعل، حتى أمكن الزرع، فليس له إلا كراء أرضه لأنه لما ترك زرع الغاصب في أرضه، فقد رضي بأخذ الكراء منه فيها، ولا كلام في أنه إذا دعا ربّ الأرض الغاصب إلى أن يقلع زرعه فأبى من قلعه، إذ لا منفعة له فيه، وبريء منه إلى ربّ الأرض، فقال له اصنع له ما شئت إذ لا حاجة لي به، أن لرب الأرض أن يقره في أرضه ويكون له، بل ليس للغاصب أن يقلعه إذا لم يكن له فيه منفعة إن قلعه، ومن حقّ صاحب الأرض أن يجبر على قلعه، وإن لم تكن له فيه منفعة، إذ لا يلزمه قبول معروفه. واختلف إن كانت له فيه منفعة إن قلعه، هل يكون لرب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعا فيقر في أرضه، ويحوز ذلك، أم لا؟ على قولين. وقد قيل: إن الزرع لصاحب الأرض، وليس للغاصب أن يقلعه، وإن كانت له فيه منفعة إن قلعه، لأنه هو أهلك ماله. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ [1] حَقٌّ " حكى ذلك ابن عبد الحكم في مختصره عن مالك قال: والأول أحب إلينا.

وقد مضى القول على هذه المسألة في نوازل أصبغ من كتاب كراء الأرضين وفي رسم أول عبد ابتاعه فهو حر، من سماع يحيى من مستوفى. وبالله التوفيق.

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب

قال سحنون: وسألت أشهب عن الرجل يغتصب من الرجل صبرة من قمح، فيريد

(١) أخرجه الترمذي (١٢٩٦)، وأخرجه أبو داود (٢٦٧٥)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٤٠٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢١٨٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٥٦٨)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٨٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨٨٩)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢٦٣)، وأخرجه البزار في مسنده (١١٤٥)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٧٧٩)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٦١٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٣٤٩٥)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٩١)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٩٣٨)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥٥٩).

الغاصب أن يصالح المغصوب على كيلِ من القمح، فقال أشهب: إن كان قد لزم الغاصب القيمة بحكَم أو بصلح اصطلحا عليه، ثم أراد أن يأخذ منه بالقيمة التي وجبت له كيلاً من القمح، فلا بأس به، قلت لأشهب: ولم قلت: إن كان ألزم القيمة وهو حين غصبها كانت له القيمة لازمة لأنها مجهولة، وليست بكيل معلوم؟ ألا ترى لو أن المغصوب منه أتى بشاهدين يشهدان فيها عشرين إردباً لا شك فيها، فقال المغصوب منه: أعطني عشرين إردبّاً أعطيته، فمِن ثم لا يجوز له أن يصالحه على كيل إلا بعدما يلزمه القيمة، إلا أن يصالحه من الكيل، على ما لا شك فيه، قال أشهب: وكذلك إذا غَصَب خلخالي فضة أو غير ذلك، من هذا الوجه، وهو يحكم عليه في الخلخالَيْن بقيمتهما من الذهب.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، أما إذا صالحه على قيمة اتفقا عليها فيها، أو حكم عليه بها، فجائز أن يصالحه على ما شاء من الطعام، من صنف طعام الصبرة التي اغتصبها، أو من غير صنفها. وعلى ما شاء من العروض والحيوان، أو على دنانير إن كانت القيمة التي وجبت عليه دراهم، أو دراهم إن كانت القيمة دنانير، يعجل ذلك كله، ولا يؤخر شيئاً منه، لأنه يكون آخره فسخ الدين بالدين، أو ذهباً بورق إلى أجل، وما لم يصطلحا على القيمة، فيجوز أن يصالحه في القيمة التي تجب له عليه في الصورة بما شاء من العروض والطعام المخالف للصبرة، إذا تعجل ذلك، ويجوز له أن يصالحه على قمح من صِفةِ قمح الصبرة، لا أرفع منه، إذا لم يشك أنه أقل مما كان في الصبرة من الكيل. واختلف هل يجوز أن يصالحه على أدنى من طعام الصبرة، مثل أن يصالحه على شعير، أو على محمولة، والصبرة سمراء، فأجاز ذلك أشهب، واختلف فيه قول ابن القاسم، فله في كتاب الصرف من المدونة: إنه لا يجوز أن يأخذ محمولة من سمراء أو أقل من مكيلته، ولا شعيرا من قمح، لأنه من بيع الطعام بالطعام متفاضلاً، إذ قد يكون الشعير أنفق من القمح، والمحمولة أنفق من السمراء، لاختلاف الأغراض في ذلك، وروى يحيى عن ابن القاسم، في رسم الصبرة من سماعه من كتاب الدعوى والصلح، أن ذلك جائز، مثل أشهب، خلاف قوله في المدونة. ولو صالحه على سمراء أدنى من سمراء الصبرة المستهلكة أو على محمولة أدنى من محمولة الصبرة المستهلكة، لا يشك أنه أقل من كيل الصبرة، لجاز ذلك عندهما جميعاً، إذ لا يمكن أن يكون رديء المحمولة أنفق من طيبها ولا رديء السمراء، أنفق من طيبها. وبالله تعالى التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم: قال مالك في البر والقمح والرقيق يسرق، فيجدها ربها في غير بلده: قال: أما البر فالمسروق منه بالخيار، إن أحب أخذ بُره، وإن أحب أخذ قيمته في الموضع الذي سرق منه، وأما الرقيق، فإنما له أن يأخذهم ليس له أكثر من ذلك، فأما الطعام فإنما يكون له في الموضع الذي سرق منه.

قال محمد بن رشد: تفرقته بين البر والرقيق، معناه في الرقيق الذين لا يحتاج إلى الكراء عليهم، فحكمهم على قول مالك هذا في نقل الغاصب لهم من بلد إلى بلدٍ، حكم السلع، يكون ذلك فوْتاً يوجب للمغصوب منه أن يضمن الغاصب القيمة في ذلك كله يوم غصبه في البلد الذي غصبه فيه، وإن شاء أخذ متاعه بعينه ورقيقه بأعيانهم حيث وجدهم، وأما الرقيق الذي لا يحتاج إلى الكراء عليهم، والدواب التي إنما تركب أو تكري فهي عنده بخلاف السلع، لا تُفوَّت في الغصب بحملها من بلد إلى بلد، فليس للمغصوب منه إلا أخذها حيث وجدها. وسحنون لا يفرق في ذلك بين الدواب والرقيق والسلع ويرى نقل ذلك من بلد إلى بلد، كاختلاف الأسواق، فلا يوجب للمغصوب منه في ذلك كله، إلا أخذ متاعه بعينه، حيث ما وجده من البلاد. ولأصبغ في سماعه بعد هذا من قوله، وظاهر روايته عن أشهب، ضد قول سحنون، إن ذلك كله فوت يكون المغصوب فيه بالخيار بين أن يضمنه القيمة في ذلك كله يوم الغصب في البلد الذي اغتصبه فيه، وبين أن يأخذ متاعه فيه بعينه، حيث ما وجده من البلاد، فهي ثلاثة أقوال: قولان متضادان، وتفرقة، وأما الطعام إذا حمله الغاصب من بلد إلى بلد، ففيه ثلاثة أقوال أحدها قول ابن القاسم، وروايته هذه عن مالك، إنه ليس للمغصوب منه إلا مثل طعامه في البلد الذي اغتصبه فيه. والثاني إن المغصوب بالخيار، بين أن يأخذ طعامه بعينه حيث وجده، وبين أن يضمنه مثله في البلد الذي اغتصبه فيه منه. وهو قول أشهب في رواية أصبغ عنه في سماعه بعد هذا من هذا الكتاب، والثالث تفرقة أصبغ فيه، بين أن يكون البلد الذي نقله إليه الغاصب قريباً أو بعيداً. فإن كان قريباً كان له أن يأخذ طعامه بعينه، وإن كان بعيداً لم يكن له وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في رجل استودع قمحاً فتعدى عليه، فحمله إلى بلد، فاثأر به، فأصابه وقد باعه المستودع، أله أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، أو ياخذ قمحه بعينه؟ قال: ليس ذلك له، وإنما له قمحه في الموضع الذي استودعه فيه.

قلت: لِمَ؟ قال: لأن في ذلك زيادة، فليس له أن يأخذ منه الزيادة وإن كان متعدياً لأنه يقدر على مثله في مثله الموضع الذي استودعه فيه. قلت: فإن رضي ربّ الطعام والمتعدي، أن يعطيه مثل طعامه في الموضع الذي استحقه فيه، أو طعاماً إن كان لم ينفقه، أو الثمن الذي بيع به الطعام، قال: إذا رضيا فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: القول في هذه المسألة كالقول في المسألة التي قبلها سواء، إذ لا فرق في هذا بين الوديعة والغصب والسرقة، يدخل في ذلك كله، الاختلاف الذي ذكرناه.

وقد مضت هذه المسألة في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الوديعة، والكلام عليها هناك مستوفىً أيضاً وبالله تعالى التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في الرجل يبيع العبد غصباً ثم يموت سيد العبد، فيكون الغاصب وارثه، ثم يريد أن يرجع في العبد، قال: ذلك له، وكذلك الدارُ بين الرجلين، فيبيعها أحدهما كلها، ثم يموت الآخر، وهو لا يدري. وهذا وارثه، فيريد الرجوع في النصف، والأخذ بالشفعة. قال: ذلك له.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال. لأن الوارث يحل محل الموروث، وينزل منزلته في الحقوق الواجبة له، فإذا ورث الغاصب العبد الذي غصبه، بعد أن باعه قبل أن يعلم المغصوب منه بيعه إياه، فيختار إجازة البيع وأخذ الثمن، كان للغاصب ما كان للمغصوب منه من أخذ العبد وفسخ البيع، وكذلك قال في آخر كتاب بيع الغرر من المدونة في المودع، يتعدى على الوديعة فيبيعها، ثم يموت المودع. وهذا وارثه. إن له أن يرد البيع ويأخذ الوديعة التي باع، لنزوله في ذلك بالميراث منزلة المودع الموروث. وهي كمسألة الغصب سواء والميراث، بخلاف الشراء، لو باع الغاصب العبد الذي اغتصبه ثم اشتراه من المغصوب منه لزمه البيع، ولم يكن أن يرده ويأخذ العبد. قاله في من المدونة. والفرق بين المسألتين أن الميراث أمر أوجبه الله، لم يجرهُ هو إلى نفسه، والشراء هو جره إلى نفسه باختياره، وليس له أن يتسبب إلى نقض البيع بذلك، وأيضاً فإن شراءه إياه منه بحال منه من صنيعه. وإذا أخذ منه الثمن فيه، فكأنه قد أخذ منه القيمة، وهذا كله بيّنٌ، وكذلك الدار تكون بين الأخوين، فيبيعها أحدهما كلها، ثم يموت الآخر، وهو وارثه، فينزل منزلته بالميراث في أن له أن يأخذ نصف الدار بالاستحقاق، فينقض فيه البيع، ويرد ثمنه إلى المبتاع، ويأخذ النصف الثاني بالشفعة،

وإن أراد أن يأخذ النصف بالاستحقاق، ويترك الأخذ بالشفعة، كان ذلك له، وإن أراد أن يمضي البيع ويترك الدار كلها للمشتري كان ذلك له. وبالله التوفيق: لا ربّ سواه.

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

وسئل عن الأمير الغاصب لأموال الناس، إذا عزل، فقام الناس يدعون مما في يديه شيئاً، فقال: إذا أثبتوا شيئاً من أموالهم، فإن الأمير يكلف البينة بأي شيء تصير إليه ذلك الشيء، فإن أتى بالبينة، وإلا لم يكن له شيء. قيل له: فإن أقام الأمير البينة أنه قد حاز هذه الدار والقُرى عشر سنين، والخمسة عشرة سنة، والعشرين، في وجوه هؤلاء الذين ادعوها، ولم يأت ببينة أنه اشترى، فقال: ليس يستحق بحوزه، وهو سلطان غاصب شيئاً، وهو كمن لم يحز. قيل له: وإن لم يشهد الطالب في طول ولايته في السر، أيْ إنما ترك القيام خوفاً منه، لم يضره ذلك في حيازة السلطان في وجهه، فقال: نعم، لا يضره. ولو كان أشهد في السر، لكان أفضل وأقوى، قيل له: فإن مات الأمير وهو أمير بحاله، لم يعزل حتى مات، ثم قام على ورثته مكانه حين مات، فأثبت أن هذه الدار كانت له، هل يكلف الورثة ما كلف أبوهم أن يثبتوا بأي شيء تصير إلى أبيهم؟ فقال: لا يكلفون ما كُلف أبوهم، وعلى الطالب البينة أن السلطان كان غصبه منه، بعد أن قيم البينة أن هذا الشيء كان له، قيل له: وما يكون حال هذا الأمير فيما أكل من هذه القرية وغرس وبنى؟ أيأخذه مقلوعاً وتكون عليه الإجارة، ويكون كالرجل الغاصب، أم لا؟ وإنما أقام المستحق البينة أن هذا الشيء له، ولم يقم البينة أنه غصبه، وقد قلت: إنه إذا أثبت البينة أن الشيء شَيْؤُهُ سألت الأمير البينةُ بأي شيء صار في يديه؟ فإن أتى ببينة أنه تصيّر إليه بحق من الحقوق كان ذلك له، وإلا جُعلت الأموال للذي أثبت أصلها، ولم يكلفه البينة، أنه غصبها ولا غير ذلك، وجعلتها له، قال: لا يكون حاله حال الغاصب فيما اغتل وفيما غرس، إلا أن يقيم المستحق البينة أن السلطان غصبها منه، وإلا لم تكن له غلة ما استحق ولا كراء، وللأمير الغاصب قيمة ما بنى وغرس قائماً لا مقلوعاً، فإن طلب المستحق أن يعطيه ذلك مقلوعا قيل له: فأثبت البينة أنه غصبك هذه الأشياء، فيكون لك ما يكون للمغصوب منه. ويكون عليه ما يكون على الغاصب، وإلاَّ لم يكن لك إلاّ أرضُك، وله ما بنى وغرس قائماً.

قال محمد بن رشد: قوله إن السلطان المعروف بالغصب لا ينتفع بحيازة مال الرجل في وجهه مدة تكون الحيازة فيها عاملةً إذا أقرّ بالملك لغيره أو ثبت ذلك عليه وادعى أنه اشترى منه، صحيح مثل ما تقدم لابن القاسم في أول رسم من سماع يحيى.

وقد مضى هناك بيان وجه ذلك، فلا معنى لإعادته. وأما قوله: إن ورثته لا يكلفون ما كلف أبوهم من إقامة البينة على الوجه الذي صار إليه به وإن كان قام عليهم مكانه حين مات، ففيه نظر، لأنه جعلهم ينتفعون بحيازته، وهي غير عاملة على القائم من أجل أنه ظالم، فكان القياس أن يكلفوا إقامة البينة على الوجه الذي تصيرت به الدار إلى موروثهم كما كان يكلف ذلك موروثهم، إلا أن يكون قيامه عليهم بعد أن مات أبوهم بمدة تكون لهم حيازة، فلا يلزمهم ذلك، ويكون القول قولهم مع أيمانهم: لقد اشْتَرَاهَا وما غصبها، أو ما يعملون بأي وجه صارت إلى أبيهم، ولا أنه غصبها على الاختلاف في هل ينتفع الورثة بحيازتهم دون أن يدعوا الوجه الذي تصيرت به إلى موروثهم، أو لا ينتفعون بها، إلا أن يدعوا ذلك كموروثهم سواء؟ إلا أن يأتي المستحق بالبينة أنه غصبها، فإن اتى بذلك استحق داره إلا أن يأتوا ببينة تشهد لهم أنه اشتراها منه بعد الغصب شراء صحيحاً بعد أن ردها إليه، أو وهو قد عاد ممن تجري عليه الأحكام. وقد مضى بيان هذا المعنى في أول رسم من سماع يحيى. وأما قوله: إن الأمير المعروف بالغصب لا يكون حاله حال الغاصب، لا فيما استغل ولا فيما بنى وغرس، فهو صحيح أيضاً، لأن الغلة قد قيل إنها للغاصب، وإن ثبت الغصب، عليه لقول النبي عليه السلام " الْخَرَاجُ بِالضمَانِ [1] "، لأنه لفظ عام مستقل بنفسه، فيحمل على عمومه فيما كان بوجه شُبهة وبغير وجه شبهة، على القول بأن اللفظ العام المستقل بنفسه الوارد على سبب يُحمل على عمومه، ولا يقصر على سببه الذي خرج عليه من الرد بالعيب، فكيف إذا لم يثبت عليه الغصب؟ وكذلك ما بنى وغرس له قيمةُ ذلك قائماً كما قال، ما لم يثبت عليه الغصْب لقول النبي عليه السلام لَيْسَ لعرقٍ ظالمٍ حقّ، وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٠٤)، وأخرجه أبو داود (٣٠٤٨)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٣٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٣٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٦٧١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣٥)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢١١٣)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٨٧٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٤٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٩٤٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٢)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (٦٤٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٣٤٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٥٨٠)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٢٢)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٦١٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٤٤).

مسألة:

وسئل سحنون عن الرجل يقول للرجل: كنتُ غصبتك ألف دينار إذ كنتُ صبيا، قال: تلزمه. قيل له فإن قال كنت أقررت لك بألف دينار إذ كنتُ صبياً، فقال يلزمه أيضاً وهو عندي مثل الأول.

قال محمد بن رشد: أما الذي قال كنت غصبتك ألف دينار إذ كنت صبياً فلا اختلاف في أن ذلك يلزمه، لأنه أقر انه فعل في صباه ما يلزمه، إذ لا اختلاف في أن الصبي ضامن لما أفسد وكسر، وكذلك ما اغتصب فأتلف.

وأما الذي قال كنت أقررت لك بألف دينار إذ كنتُ صبياً فيتخرج ذلك على قولين: أحدهما وهو الأصح أنه لا يلزمه ذلك إذا كان كلامه نسقاً متتابعاً. وعلى ذلك يأتي قول ابن القاسم في المدونة: إذا قال لزوجته قد طلقتك وأنا صبي إنه لا يلزمه شيء، وكذلك إذا قال لها. قد طلقتك وأنا مجنون إذا كان يعرف بالجنون. وإذا أقر بالخاتم لرجل وقال: الفصُّ لي أو بالبقعة وقال البنيان لي وكان الكلام نسقاً؛ والثاني إنه يلزمه وإن كان الكلام نسقاً متتابعاً، لأنه يتهم أن يكون استدرك ذلك ووصله بكلامه ليخرج عما أقر به. وعلى ذلك قول ابن القاسم في سماع أصبغ عنه في تفرقته بين أن يقول: لفلان عليَّ ألف دينار وعلى فلان وفلان، وبين أن يقول: لفلان عليَّ وعلى فلان وفلان ألف دينار، قال: لأن الأول أقر على نفسه بألف دينار، فلا يقبل قوله بعد ذلك وعلى فلان وفلان وإن كان الكلام نسقاً متتابعاً. وعلى قول ابن القاسم في هذه المسألة يأتي قول سحنون في هذه الرواية، وهو قول ضعيف، وما في المدونة أصح وأولى بالصواب.

فالمسألتان مفترقتان، وإنما كان يكون قوله: كنت أقررت لك بألف دينار، إذ كنت صبياً، مثل قوله لو قال كنت استسلفت منك ألف دينار، إذ كنت صبياً، لأن الوجهين جميعاً، يستويان في أنهما لا يلزمانه في حال الصبا. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل من العمال، أكره رجلاً أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعاً يدفعه إليه، فأخرج له ما أمره به، فدفعه إليه، ثم عزل ذلك العامل الغاصب، ثم أتى المغصوب منه المتاع، يطلب ما غصب منه. هل يكون له أن يأخذ بماله من شاء وإن شاء الآمر وإن شاء المأمور؟ فقال: نعم له أن يأخذ بماله من شاء منهما. قيل له: فإن أخذ ماله من الذي أكره على الدخول هل يرجع هذا الذي غرم على العامل الذي

أكرهه على الدخول؟ فقال: نعم. قيل له: فإن عزل الأمير الغاصب، وغاب المغصوب منه المتاع، فقال: هذا المكره على الدخول في بيت الرجل على الأمير الغاصب بهذا المتاع، ليغرمه إياه ويقول المأخوذ به إذا جاء صاحبه هل يُعدا عليه؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حقّ لمخلوق، كالقتل والغصب، لا يصح بإجماع، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حقّ لمخلوق من الأقوال باتفاق، ومن الأفعال على اختلاف.

وقد مضى تحصيل القول في هذا في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الإيمان بالطلاق. وأما قوله بأنه يقضي للمكره على الدخول في بيت الرجل، على العامل بالمال، لأنه هو المأخوذ به، ففيه نظر، والذي يوجبه النظر أن يقضي له بتغريمه إياه، ولا يمكن منه، ويوقف لصاحبه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل اغتصب دابة رجل، فاستعملها، فأغرمه ربّ الدابة الكراء، كراء ما استعملها، هل يحاسب الغاصب بالعلف؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا إذا قوم كراؤها على أنّ علفها على صاحبها، وأما إن قوم كراؤها على أن علفها على المكتري، فلا يحاسبه بالعلف، لأنه قد انحطّ قدره من الكراء، وعلى هذا يجب أن يقوم، فهو أولى وأقل عمى. وفي وجوب الرجوع عليه بكراء ما استعملها اختلاف قد مضى تحصيله في نوازل عيسى فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون في الرجل يغتصب الدابة ولايعملها في شيء، ولا يكريها وإنما حبسها على مذودها، ثم استحقها ربها هل يكون له من كرائها شيء؟ قال: لا يكون له كراء مثلها إذا لم يسخرها.

قال محمد بن رشد: إنه يجب عليه كراء ما عطلها. وهو قول ابن الماجشون.

وقد مضى هذا في نوازل عيسى فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل يكون له بيضة من دجاجة ميتة، أو دجاجة حية فيغصبها منه رجل، فيحضنها تحت دجاجة، فيخرج منها فرخ. قال: الفرخ لرب البيضة، وللغاصب عليه قدرما حضنت دجاجته، كانت البيضة من ميتة أو من حية.

قال محمد بن رشد: قول سحنون في هذه المسألة على أصله، في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر، وهي رواية ابن غانم عن مالك، ويأتي فيها على قياس القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب العمل والأرض، إن الفرخ للغاصب، ويكون عليه لرب البيضة مثلها، وعلى هذا يأتي قول ابن القاسم في سماع سحنون، من كتاب الشركة، في الرجل يأتي بحمامة أُنثى والآخر بحمامة ذكر، على أن تكون الفراخ بينهما، وفي الرجل يقول للرجل: اجعل هذا البيض تحت دجاجتك، فما كان من فراخ فهو بيننا، إن الفراخ تكون لصاحب الدجاجة، ولصاحب البيض بيض مثله. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون: قال مالك في رجل غصب عبداً فأتي ربّ العبد بالبينة أنه غصبه، وهو في رجل اشتراه من الغاصب، فلما أقام البينة مات العبد في يدي المشتري، فقال: المصيبة من الذي استحقه، قال سحنون: وأنا أقول: إن المصيبة من المشتري حتى يحكم به للذي غصبه.

قال محمد بن رشد: قول مالك هذا هو مذهبه في موطأه وقول ابن القاسم وروايته عنه في رسم مرض من سماع ابن القاسم، من، وقول غير ابن القاسم في كتاب الشهادات من المدونة. وقول سحنون، هو قول ابن القاسم، في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وهو قول أشهب في المبسوطة والذي يأتي على قول مالك في المدونة إن الغلة للذي هي في يديه، حتى يُقضى بها للطالب، فهي مسألة اضطرب فيها قول مالك، وابن القاسم.

وقد مضى تحصيل الاختلاف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق، في ضمان المستحق، في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم، من، فلا معنى لإِعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون في رجل اغتصب عبداً فجنى العبد عند الغاصب، فأتى سيده فأخذه، ولم يعلم بجنايته عند الغاصب، ثم جنى العبد عند سيده على رجل آخر، فأتي المجنى عليه الأول، إذا كان في يده الغاصب وأتى المجنى عليه الآخر، الذي جنى عليه وهو في يدي صاحبه، ما يكون على السيد، وما يكون للسيد على الغاصب، والجنايتان سواء؟ قال سحنون: يقال للسيد: قد صارت الجنايتان في رقبة العبد، وصار العبد

بينهما، فإن شئت فخذ الغاصب نصف قيمة العبد، ويكون كعبد بين رجلين، جنى فيخيَّران، فإن أحبا أسلماه، وإن أحبا افتكاه. ومن أحب منهم أن يفتك افتك، ومن أحب أن يُسلم أسلم. وإن افتكه السيد بالجنايتين لم يضمن الغاصب شيئاً كذلك قال ابن القاسم وقال غيره: يرجع على الغاصب بالأقل من نصف القيمة، أو نصف الجناية.

قال محمد بن رشد: بنى سحنون جوابه في هذه المسألة علا مذهب ابن القاسم في المدونة إن العبد إذا جنى عند الغاصب، فسيده مخير بين أن يضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، وبين أن يأخذه مجنيّاً ولا شيء له على الغاصب، وبنى غيره وهو أشهب، جوابه فيها على قول ابن القاسم في رسم الصبرة من سماع يحيى المتقدم، في أن العبد المغصوب إذا جنى عند الغاصب، فسيده مخير، بين أن يضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، وبين أن يفتكه ويرجع على الغاصب بالأقل من قيمته أو ما افتكه به فرأيا أن العبد قد فات نصفه عند سيده بجنايته عنده، لاستواء الجنايتين، فيلزمه بما أخذه به من نصف القيمة، والنصفُ الثاني هو فيه مخير، بين أن يأخذ قيمته، وبين أن يأخذه مجنى عليه، ولا شيء له على الغاصب عند سحنون، على مذهب ابن القاسم في المدونة وعند غيره على مذهب ابن القاسم في سماع يحيى، يرجع على الغاصب بأقل من قيمته أو ما ودَّى في الجناية التي جناها عبده، وهي نصف الجنايتين كما قال، لأنهما مستويتان. وفي ذلك من قولهما جميعاً نظر، لأن العبد يُفوِّتُ جميعه عند سيده بجنايته عنده، كرجل ابتاع عبداً فجنى عنده جناية، ثم اطلع على عيب به، لأن السيد أخذ العبد بالقيمة الواجبة على الغاصب يوم الغصب، فجنى عنده جناية، ثم اطلع على أنه قد كان جنى عند الغاصب، فالذي يوجبه النظر في ذلك على منهاج قولهم، إن السيد يرجع على الغاصب بقيمة عيب الجناية التي جناها عنده. ووجهُ العمل في ذلك، أن يُقوَّم العبد بعيب الجناية، وسالماً منها، فما كان بين القيمتين من الأجزاء، ثُلث أو ربع أو خمس، رجع ربّ العبد على الغاصب في القيمة التي أُخذ العبد منه فيها بذلك الجزء، وإن كانت الجناية تستغرقه، ولا قيمة له بها رجع عليه بجميع قيمته، وكان الغاصب مخيراً بين أن يفتكه بجنايتين، أو يسلمه بهما، وهذا إذا كان العبد قد فات عند الغاصب بغير الجناية التي لم يعلم بها، فأخذ عبده وقد كان له أن يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب، وأما إن كان لم يفت عند الغاصب فأخذه صاحبه ولم يعلم بالجناية، ثم جنى عنده فاطلع على الجناية التي كان جنى عند الغاصب، فالحكم فيه على ما يوجبه القياس والنظر، أن يكون مخيراً بين أن يرده الغاصب، أو يضمنه قيمته يوم الغصب،

لأنه يقول: لو علمت أنه جنى لم آخذه، وقد كنت مجبوراً على أخذه، إذ لم يسلم بجنايته، ويكون الغاصب فيه مخيراً بين أن يفتكه بالجنايتين جميعاً، أو يُسلمه لهما، وإن شاء سيد العبد تمسك بعبده، وافتكه بالجنايتين أو أسلمه بهما. فإن أسلمه بهما وهما سواء، رجع على الغاصب بنصف قيمة العبد، وإن افتكه بهما، رجع على الغاصب بالأقل من نصف قيمته، أو نصف الجنايتين، على الاختلاف المذكور في ذلك، وإنما كان يصح جوابهما لو كانا عبدين مغصوبين، فجنى أحدهما عند الغاصب، فأخذهما سيدهما، ولم يعلم بجناية الجاني منهما، ثم جنى الآخر عنده. وبالله تعالى التوفيق.

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب البيوع

قال أصبغ: سمعت أشهب، وسئل عمَّن اغتصب من رجل طعاماً بعينيه، في غير البلد، ألَهُ أخذه؟ قال: نعم، له أخذه إن شاء، وإن تركه وأخذ منه مثله بتلك البلدة التي اغتصبه فيها. قال أصبغ: قال ابن القاسم: ليس له أخذه، ويؤخذ بمثله يعطيه بموضعه الذي اغتصبه به، ويصنع به هو ها هنا ما شاء. قال أصبغ: وأنا أرى إن كان البلد البعيد، فالقول ما قال ابن القاسم، وعليه أن يُوثِّقَ له بحقه، قبل أن يخلَّى بينه وبينه، وإن كان الموضع القريب، مثل بعض الأرياف والقرى، فأرى له أخذه وإن كره، والظالم يحمل عليه بعض الحمل، ولا كل. قال أصبغ: قيل لأشهب، فالعروض، قال كذلك يأخذها إن شاء، أو يأخذ قيمتها، ثم أن ليس عليه ردّها. قال أصبغ: يأخذ العُروض إن شاء، لأنها سلع بأعيانها، ولا سروالها كالجارية بعينها، والدابة والثوب، ولا شيء عليه من حمولتها، ولا نفقة يغرمها، مع أخذها ولا على المغتصب ردها وحملانها راجعاً بها، وإن شاء المغصوب تركها وأخذ قيمتها حيث غصبها، ليس حيث يأخذها، كالعين إذا تغيرت كانت له قيمتها، وما ذلك بالقوي فيه كغيره في القياس والاستحسان أحب إلي، وأرى أن البُلدان أغير إذا كانت بعيدة، وإن لم تتغير في الأبدان إذا حملها إلى البلدان والآفاق.

قال محمد بن رشد: ساوى أشهب في هذه الرواية بين الطعام والبز والعروض والحيوان في أن للمغصوب منه أن يأخذه حيث ما وجده من البلاد، وذلك خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك، فإنه فرق بين الطعام والعروض والحيوان في ذلك، وفرق أيضاً بين العروض والحيوان، مثل الدواب التي لا يكري على حملها، ووافقه سحنون في الطعام، وخالفه في العروض والحيوان، فيتحصل في العروض والحيوان ثلاثة أقوال، وفي الطعام بتفرقة أصبغَ ثلاثة أقوال أيضاً.

وقد مضى تحصيل ذلك كله، وبيانه وشرحه في سماع سحنون فلا معنى لإعادته. والله الموفق.

ومن كتاب البيوع والصرف

قال أصبغ سألت ابن القاسم يقول فيمن سرق عبداً فباعه: إن السيد إن أجاز البيع وأخذ الثمن، فلا كلام للمشتري في رده، وهو له لازم، والعهدة في ذلك على السيد، وليس على السارق منه شيء. وقال أصبغ: وذلك ما لم يدخل البيع فوت، ولا العبد، فإن دخل ذلك الفوت حتى يكون المستحق مخيراً في الثمن أو القيمة، ليس في العبد لفواته، فاختار القيمة من السارق، فالعهدة للمشتري على السارق، وإن اختار الثمن، فالعهدة عليه أيضاً.

قال محمد بن رشد: اختلف في الغاصب أو السارق يبيع الشيء: المغصوب أو المسروق، فيأتي صاحبه فيستحقه، ويجيز البيع، ويأخذ الثمن، هل تنتقل العهدة على الغاصب إليه أم لا؟ على قولين أحدهما إنها تنتقل إليه، فات العبد أو لم يفت، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذه الرواية، إذ لم يفرق فيها بين أن يفوت العبد أو لا يفوت، ودليل ما في من المدونة في الذي يستحق الدار من يد المشتري، وقد أكراها السنة مضت منها ستة أشهر، إن له أن يمضي الكراء لباقي المدة، ولا حجة للمكتري في انتقال العهدة إليه، إذ لا ضرر في ذلك عليه من أجل أنه إنما يؤدي بحسب ما يسكن، فإن انهدمت الدار خرج ولم يكن عليه شيء، كما لو كانت عهدته على الأول، وإن كان قد نقد الكراء، كان من حقه أن يسترجع كراءه، فيؤدي بحساب ما يسكن، إلا أن يكون المستحق مَليًّا أو يأتي بحميل ملي، فيأخذ الكراء. هذا معنى قوله في المدونة دون لفظه، وهذا إذا لم تف البقعة مهدومة إن انهدمت الدار بالكراء، وأما إن وفت بها، فمن حقه أن يأخذ الكراء. قاله بعض شيوخ صقلية وهو صحيح، لأن البقعة تكون في يده، كالرهن فيما قدم من الكراء إن انهدمت الدار. قال: وإنما يكون له أن يأخذ الكراء، إذا كان ملياً، إذا كان قد علم بأن المكتري قد نقد الكراء، وكانت سنة الكراء على النقد، وأما إن لم يعلم بذلك، ولا كانت سنة الكراء على النقد، فليس له أن يأخذ الكراء معجلاً، وإنما يأخذ بحساب ما يسكن، لأنه يحمل عليه، إذا لم يعلم بذلك، ولا كانت سنة الكراء على النقد، على أنه إنما أجاز الكراء وأمضاه، على أن يأخذ منه بحساب ما يسكن، فليس له أن يتعجل كما كان عجل للأول، والثاني إن العهدة لا تنتقل عن الغاصب، حكى هذا القول سحنون عن مالك، وعاب ما وقع في المدونة من احتجاج المكتري بانتقال العهدة، قال: إذ لا تنتقل على مذهب مالك، وإنما تنتقل عنده في

القيام، فأحرى ألا تنتقل في الفوات، وهو دليل ما وقع في من المدونة من أن المستحق إذا أجاز البيع، لزم المشتري الشراء، ولم يكن فيه خيار، لأن الذي يوجبه النظر إذا انتقلت العهدة عن البائع إلى المستحق، أن يكون المشتري بالخيار، إن كانت ذمة المستحق معيبة بعدم أو حرام، لأن من حقه أن يقول لا أرضى أن أعامل من لا ذمة له، أو من استغرقت ذمته الحرام. فقول ابن القاسم في هذه الرواية: إن أجاز المستحق البيع، انتقلت العهدة إليه، ولزم المشتري الشراء، معناه: إن كانت الذمتان متساويتين، أو كانت ذمة المستحق أوثق من ذمة السارق. وقول أصبغ: وذلك ما لم يدخل البيع فوْت، إلى آخر قوله صحيح، لأن العبد إذا فات حتى لم يكن للمستحق أخذه، فلا خلاف في أن العهدة على السارق، لا تنتقل عنه إلى المستحق، اختار أخْذ القيمة من السارق أو الثمن، ولا سبيل له إلى العبد لفواته، وكان القياس إذا لم يفت العبد بوجه من وجوه الفوت، أو فات بزيادة، ألا يُختلف في أن العهدة تنتقل إلى المستحق، إذ ليس له أن يضمن الغاصب قيمته، فكأنه هو البائع له، اللهم إلا أن يقال: إنه إذا باعه على أنه له، فقد رضي بالتزام الدرك. إن جاء له طالب، وهو بعيد. وإنما يتصور الاختلاف في انتقال العهدة إذا أجاز المستحق البيع، إذا كان العبد قد فات، فكان سيده مخيراً بين أن يضمن الغاصب أو السارق قيمته يوم الغصب أو السرقة، وبين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، وبين أن يأخذ عبده. فوجه القول بأن العهدة لا تنتقل عن الغاصب، إن العبد قد فات، ووجبت فيه القيمة يوم الغصب، وإنما أخذ الثمن إذ رأى أنه أفضل له من القيمة، ولم يقصد إلى اختيار أخذ العبد وإمضاء البيع فيه. ووجه القول بأن العهدة تنتقل عن الغاصب إلى المستحق، هو أنه لما ترك أن يضمن الغاصب القيمة وأخذ الثمن، فقد قصد اختيار أخذ العبد وإمضاء البيع فيه، فاحفظ، إنها ثلاثة أوجه، إذا أجاز المستحق البيع، وأخذ الثمن، وجهٌ تنتقل العهدة فيه باتفاق، ووجه لا تنتقل فيه باتفاق، ووجه تنتقل فيه على اختلاف، هذا الذي يوجبه النظر الصحيح عندي في هذه المسألة، وقد كان من تقدم من الشيوخ لا يحصلها هذا التحصيل، ويذهب إلى أن في انتقال العهدة عن البائع إلى المستحق، ثلاثة أقوال: قول إنها لا تنتقل وقول إنها تنتقل، والفرق بين أن يكون العبد قائماً أو فائتاً، ولا يفرق في الفوات بين أن يكون للمستحق أن يأخذه، وبين أن لا يكون له أن يأخذه، وإذا أخذ المستحق القيمة من الغاصب، فالعهدة عليه باتفاق لأن العبد قد وجب له بالقيمة التي أخذت منه فيه، فإن استحق العبد من يد المشتري من الغاصب، على القول بأن العهدة لا تنتقل عن الغاصب، فرجع المشتري على الغاصب بالثمن، رجع به الغاصب على المستحق، فالإعذار فيما أثبته المستحق

الثاني على المشتري من الغاصب، إنما يكون على المستحق الأول، الذي يرجع عليه الغاصب، لا على الغاصب، لأن من حجته أن يقول: أنا لا أدفع على من أرجع، فإن خاصم ودفع، لم يكن له رجوع إلا على اختلاف قد مضى ذكره في رسم استأذن من سماع عيسى من. والذي يفوت العبد عند مشتريه من الغاصب فوتاً لا يكون للمغصوب أن يأخذه، هو أن تذهب عينه، أو أن يحصل في بيع حال، لا يجوز بيعه من إباق أو مرض مخوف، على القول بأنه لا يجوز بيع المريض، لأنه إذا أخذه يكون مبتاعاً له بما وجب له على الغاصب من القيمة أو الثمن، ويتخرج في هذا قولان على اختلافهم في الذي يبيع العبد فيأبق عند المشتري، ثم يفلس، هل يكون للبائع أن يأخذ عبده ويترك محاصة الغرماء أم لا؟ على ما يوجبه القياس. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية والحبس

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يغتصب أرضاً فيقيم عليها البينة، فيشهدون له أنها أرضه، ولا يعرفون الحدود، قال: يسجن المشهود عليه، ويضيق عليه مع هذه الشهادة، حتى يبين له حقه، ولا يكون للمشهود له شيء، إلا بشيء يثبت، ويعرف بشهادة أو إقرار، فإن بين له شيئاً وقال: هذا حقه، حلف عليه. قال أصبغ: أو يحدها غير المشهود ويشهدون على الحدود فيجوز. قال أصبغ: وإن لم يبين واستبرئ بحَبسٍ وتشديد، وأنكر الجميع، أُحلف كما يحلف المدعى عليه بغير شهادة، ولم يكن للآخر قليل ولا كثير بتلك الشهادات.

قال محمد بن رشد: رواية أصبغ هذه، خلاف لرواية يحيى عن ابن القاسم، وأما رواية عيسى عن ابن القاسم المتقدمة في هذا الكتاب، فهي مسألة أُخرى وليست بمخالفة لهذه، ولا لرواية يحيى من أصبغ، بدليل أن أصبغ قد روى عن ابن القاسم في كتاب العروض من مجالسه كرواية عيسى حرفاً بحرف. وإن ابن القاسم قال في المجموعة بمثل رواية عيسى، وزاد قال: ولو شهدوا على الأرض، ولم يثبتوا الحوز، فذكر نص رواية يحيى عنه. وقد قيل: إن المسألتين سواء، وإن الخلاف داخل أيضاً في مسألة عيسى.

وقد مضى تحصيل هذه المسألة وافية من الخلاف في سماع يحيى، فلا معنى لإعادته وبالله تعالى التوفيق. لا شريك له سبحانه وتعالى وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة والكفالة

من سماع ابن القاسم رواية سحنون من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سئل مالك عن القوم يشتركون في الصفقة من الرقيق، فيريدون بيعها، فيعطي أحدهم بعض أصحابه شيئاً على أن تكون عهدته عليه. قال: هذا حرام لا يحل، ومن أخذ من ذلك، رده إلى أصحابه، وكانت التباعة على من كانت عليه. وهذه الحمالة بالجعل، وقال مالك: الحمالة بالجعل حرام، وإنما هي بمنزلة من باع من رجل سلعة، فقال رجل أجنبي للبائع: هل لك أن تعطيني دينارين؟ على أنه إن تبع السلعة تباعة لأحد، فأنا ضامن لتلك التباعة، فإن تمّت، كان الذهب بالذهب متفاضلاً، وإن لم تتم أخذ لله باطلاً، كأنه قال: أعطني خمسة في خمسين، أغرمها إن تبع السلعة تباعة.

قال الإمام القاضي: قوله في هذه المسألة: على أن تكون عهدته عليه، معناه: على أن يكون عليه بما أعطاهُ ما للمشتري من العهدة عليه، ليرجع عليه إن استحقت السلعة من يديه، بما كان له أن يرجع به عليه: ثلث الثمن، إن كان له ثلث السلعة أو ربعه إن كان له الربع منها أو أقل من ذلك أو أكثر. وقوله: وهذه الحمالة بالجعل، إذ ليس بحمالة على الحقيقة، لأن الحميل إذا أدى يرجع على المتحمل عنه بما أدَّى عنه. ووجه الشبهة بينهما، أنه جُعل على الغرر فيهما جميعاً الحميل أخذ الجعل على أنه إن طلب بالحمالة، فإذا رجع بما أدَّى فكان ذلك ربىً وغرراً، وملتزم العهدة عن غيره أخذ الجعلِ على أنه إن استحقت السلعة غرم، ولم يرجع بما غرم، فكان أيضاً ربىً وغرراً، إلا أنه إن غرمَ كان الذهب بالذهب متفاضلاً إلى أجل، وإن لم يغرم كان له الجعل باطلاً، واشتراط البائع على المشتري أن تكون عهدته على رجل سماه، يقتضي الانبتات بينهما وأنه لا تباعة له عليه بحال. فهذا على ذلك محمول، حتى يتبين أن ذلك على سبيل الحمالة، هذا ظاهر هذه الرواية، خلاف ما حكى ابن حبيب عن أصبغ من اشترط العهدة على محمول سماه على الحمالة، حتى تبين أنه أراد الانبتات منه. والانبتات له

عليه، فيكون البيع فاسداً لأنه ذمة بذمة. وعلى ظاهر هذه الرواية، لو اشترط البائع على المشتري أن عهدته تلي رجل سماه برضاه دون جُعل، جعله له لجاز، وإن شرط الانبتات منه ولم يكن ذلك ذمة بذمة، وهو أظهر، إذ لم ينتقل من ذمة إلى ذمة إذا كان ابتاعه إياه دون البائع مشترطاً عليه في أصل البيع، وإنما كان يكون ذمة بذمة، لو وقع البيع دون شرط، ثم تحول بالعهدة على غيره، فإذا تحمل الرجل بجعل يأخذه من الطالب أو من المطلوب بعلم الطالب، سقطت الحمالة ورد الجعل. وأما إن تحمل بجُعل يأخذه من المطلوب بغير علم الطالب، فالجعل ساقط، والحمالة لازمة. قاله مطرف وابن الماجشون، وابن وهب وأصبغ في الواضحة، وابن القاسم فيهما، وفي كتاب ابن المواز وكذلك إذا التزم العهدة عن البائع للمشتري، بجعل يأخذه من المشتري، أو من البائع، بعلم المشتري، فالجعلُ مردودٌ والالتزام ساقط، فترجع العهدة على البائع. وأما إن كان الجعل من البائع بغير علم المشتري، فالجعل مردود، والالتزام لازم. فقوله في هذه الرواية: وما أخذه من ذلك رده إلى صاحبه، وكانت التباعة على من كانت عليه، معناه عندي: إذا علم المشتري بما عاقده البائع عليه، وأما إن لم يعلم بذلك، فمن حجته أن يقول: أنا لم أشتر إلا أن تكون تباعتي وعهدتي عليك، فلا أرضى أن تكون على البائع. وقوله في آخر المسألة: وإنما هو بمنزلة رجل باع من رجل سلعة إلى آخر قوله، تنتظر صحيح، لأن هذه المسألة التي ذكرها أشبه بمسألة التزام العهدة عن البائع على جعل، من مسألة الحمالة بالجعل، لأنه يرجع في الحمالة بما أدى، ولا يرجع في هاتين المسألتين بما يؤدي.

وقد مضى في رسم سلم ديناراً في ثوب إلى أجل، من كتاب السلم والآجال، تحصيل القول في المشتري يشترط العهدة فيما اشترى، على البائع الأول، وفي حكم التولية والشركة في ذلك، فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك فيمن أحال رجلاً بحق له على رجل، ثم تبين له أنه لم يكن للغريم قبله ذلك المال كله الذي أحاله به عليه قال: يكون ماله قبله حولا، وما بقي حمالة، يتبع بهما الغريم أيهما شاء. قال محمد بن رشد: جعل في هذه الرواية الحوالة على غير أصل دين كالحمالة، فقال: إن له أن يتبع أيهما شاء، على قول مالك الأول في أن للذي له الدين في الحمالة أن يتبع أيهما شاء، وفي ظاهر ألفاظ المدونة في هذا اختلاف، مرة قال: إن ذلك كالحمالة، ولا سبيل له إلى المحال عليه، حتى يوجد للغريم مال، على

قول مالك الثاني الذي اختاره ابن القاسم. ومرة قال: يبدأُ بالذي أُحيل عليه. فإن أفلس رجع على الذي أحاله، وذهب ابن الماجشون إلى أنه لا رجوع له عليه بحال، كالحوالة على أصل دين، وهو بعيد، لأنه إذا كان من حقّ المحال عليه أن يرجع على المحيل بما أدى عنه، فما الذي يمنع صاحب الحقّ أن يرجع عليه إذا فلس؟ فيتحصل في الحوالة على غير أصل دين أربعة أقوال: أحدها إن له أن يأخذ أيهما شاء، وهو قول مالك في هذه الرواية والثاني إنه لا سبيل له إلى المحال عليه، إلا في عدم المُحيل، وهو أحد قولي ابن القاسم في المدونة على ما اختاره من قول مالك في تفدية الغريم بالغرم على الحميل في الحمالة. والثالث عكس هذا القول، لأنه لا سبيل له إلى المُحيل، إلا في عدم المحال عليه. وهو أحد القولين الظاهرين من المدونة ومن قول مالك وابن القاسم في المسألة التي بعد هذا. ووجهه، أنه جعل لفظ الحوالة كشرط التبدئة في الحمالة، والقول الرابع إنه لا رجوع له على المحيل بحال، كالحوالة على أصل دين. وهو قول ابن الماجشون. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك فيمن أحال غريماً على عبده أو مكاتبه، فأفلس أو عجز، يرجع على السيد، فيقتضي منه حقه. قال ابن القاسم: وذلك إذا أحاله من غير دين يكون للسيد عليهما، فأما إن كان عليهما دين، والعبد مأذون له في التجارة، فليس له أن يرجع على سيدهما، لأن دين عليهما كأنه على أجنبي يحاص الغرماء بما كان له عليهما، إذا أفلسا أو ماتا وكذلك قال مالك في العبد المأذون له في التجارة: إن سيده يحاص بما كان عليه للغرماء، وإذا لم يكن له عليهما دين يحال به، فهما بمنزلة الحميلين.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم. وذلك إذا أحاله من غير دين يكون للسيد عليهما، مفسِّر لقول مالك، وفي قول مالك. فأفلس أو عجز إنه يرجع على السيد، فيقضي منه حقه، دليل على أنه لا رجوع له عليه، إلا أن يفلس أو يعجز، وذلك خلاف قول ابن القاسم في آخر المسألة. وذلك إذا لم يكن له عليهما دين أحال به فهُما بمنزلة الحميلين لأنه إذا كان عنده بمنزلة الحميلين، فلا شيء للغريم المحال عليهما، إلا في عدم السيد المحيل له، على ما اختاره من قولي مالك، أو يكون له أن يأخذ من شاء منهما على قول مالك الأول، وما تقدم من قوله في المسألة التي قبل هذا.

وقد مضى القول على ذلك، فلا معنى لإِعادته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أخذ يشرب خمراً

قال وسئل مالك عن رجل رهن رهناً وضعه على يدي رجل، وأبى الذي وضع على يديه أن يتحمل بالحق، إلا أنه كتب عليه في آخر الكتاب: وعلى فلان، إذا طلب فلان ماله، فإن على فلان أن يأتيه به سالماً من كل علقة أو تبعة، بنقص حقه من كل أحد من الناس، أتراها حمالة؟ قال: نعم هي حمالة.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الذي أباه أولاً قد رجع إليه آخراً بما كتب عليه في آخر الكتاب، وأشهد به على نفسه، مما لا معنى له سوى الضمان.

وقد مضى في أول سماع ابن القاسم من كتاب الرهون، القول في هذا قال: أنا ضامن لرهنك، ولمَا نقص من رهنك، ولرهنك ولما نقص من حقك. فتأمله، فإن فيه تمام هذه المسألة. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مساجد القبائل

وسئل مالك عن الرجل يشتري الجارية من الغريب، فإذا كان بعد يوم أو يومين، سأله المعرفة. قال مالك: ليس ذلك له، إلا أن يشترط ذلك عند بيعه. ثم قال: أرأيت أَهْلَ مِنىً أيراد منهم معرفة؟ ليس ذلك عليهم.

قال محمد بن رشد: معنى قوله: سأله المعرفة أيْ سأله أن يأتيه بمن يعرفه، مخافة أن يكون قد غصبه الجارية، أو يَفْتَاتْ على صاحبها في بيعها، أو تواطأ معها على بيعها وهي حرة، وما أشبه ذلك، فلم أنظر هذا الوجه. وذلك يلزمه أن يشترط ذلك عليه عند البيع. واستدل على ذلك بالعرف الجاري في أن أهل البادية يأتون بالإبل والغنم، فيبيعونها ولا يكلَّفون حميلاً بمعرفتهم، إذ لا يجدون من أهل الحاضرة من يعرفهم. فقد دخل معهم المشتري على الجهل، وكذلك أهل مِنىً وهم الحاج الذين يقدمون مكة، من جميع الآفاق، فلا يكلفون حميلاً بمعرفتهم، إذ لا يجدون من أهل مكة من يعرفهم، إلا أن يشترط ذلك عند البيع، فإن اشترط ذلك على أحد منهم عند البيع، أعطاهُ حميلاً بوجهه. قال ذلك ابن دحون، وفي ذلك من قوله نظر، لأن حمل الوجه لا يلزمه إلا إحضار الوجه، وقد يكون هذا الذي سرق الجارية أو غصبها، أو افتات على صاحبها في بيعها، أو تواطأ معها على بيعها، وهي حرة وما أشبه ذلك، فلا يكون له منفعة في إتيانه به معدماً، وهو لما اشترط المعرفة فقد اشترط الثقة، فيلزمه عندي أن يعطيه حميلاً بوجهه، إن لم يكن هو المعتدي فيها، وبالمال إن كان هو السارق لها

والمتعدي فيها. ولو قال له رجل عند البيع: اشتر منه فإنه ثقة، ولم يلزم له ضمان، فوجد سارقاً لها، لجرى ذلك على الاختلاف في الغرور بالقول، هل يضمن به أو لا؟ وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مرض وله أم ولد فحاضت

وسئل مالك عن رجل كانت له دنانير على رجل قد حلت، ولغريمه مثلها دنانير، على رجل إلى شهر. قال مالك: إن كانت قد حلَّتْ فلا بأس به أن يتحول على غير غريمه إلى أجل، وإن كان حقه إلى أجل، فأراد أن يحيله على رجل بدين له عليه. حال. قال مالك: لا أُحب ذلك، إلا أن يحتال بما قد حل من دينك فيما حل وفيما لم يحل، ولا يحتل بما لم يحل فيما قد حل وفيما لم يحل، قال ابن القاسم: وقال مالك: احتل بما قد حل من دينك، فيما حل وفيما لم يحل، ولا يحتل بما لم يحل فيما قد حل، وفيما لم يحل. قال ابن القاسم يريد دنانير من دنانير، وثياباً من ثياب تشبه صفته التي حل له، فأما إن كان من غير صفته بذلك الدين، فالدين لا يحل على حال من الحال.

قال الإمام القاضي؟ قول ابن القاسم في هذه المسألة: يريد دنانير من دنانير أو ثياباً من ثياب، يشبه صفته التي حل له، فأما إن كانت من غير صفته، فذلك الدين بالدين لا يحل على حال من الحال. تفسير لقول مالك لأن الحوالة بيع من البيوع، إلا أنها خصصت من عموم نهي النبي صلى الله عليه وسلم "عَنْ بَيْع الذَّهَبِ [1] بالذَّهَبِ والْوَرِقِ بالوَرق إلاَّ مِثْلاً بمثل يَداً بِيَدٍ " ومن عموم نهيه عن الدين بالدين بقوله صلى الله عليه وسلم " وَمَن اتَّبع عَلَى [2] مَلِيّ فَلْيَتْبَعْ " لما كانت على سبيل المعروف، وكما

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٤٤)، وأخرجه مسلم (٢٩٧٣)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٥١٠)، وأخرجه عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي في سننه (٢٤٩٩)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٢٦٧)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٨١٧٦)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥١٢٣)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٩٥٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٩٦٧)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢٩٣)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٧٦١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٤٧٩١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٧٩٤٥)، وأخرجه ابن جرير الطبري في تهذيب الآثار (٩٧٣)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٠٢).

(٢) أخرجه البخاري (٥٨١٩)، وأخرجه مسلم (٣٣٢٨)، وأخرجه الترمذي (٢٦٦١)، وأخرجه أبو داود (٤٤٧٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٩٢٣٧٤)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٦٦٩٤)، =

خصصت الشركة والتولية والإقالة في الطعام المكيل والموزون، من عموم نهيه عن بيع الطعام قبل أن يستوفَى لما كان على سبيل المعروف، فإن دخل الحوالة وجه من وجوه المكايسة، رجعت إلى الأصل فلم تجز. والحوالة جائزة في جميع الديون إذا تساوت في الوزن والصفة، وحل الدين المحال به، لأنه إن لم يحل كان ذمة بذمة، ويدخله ما نهى عنه من الكالئ بالكالئ إلا أن يكون الدين الذي ينتقل إليه حالاً ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا، مثل الصرف فيجوز ذلك، وسواء كانت الديون من بيع أو قرض أو تعد، إلا أن يكونا جميعاً طعاماً من سلَم، فلا تجوز الحوالة بأحدها على الآخر، حلت الآجال أو لم تحل، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفَى استوت رؤوس أموالهما أو لم تستو، خلافاً لأشهب في قوله: إذا استوت رؤوس أموالهما، جازت الحوالة وكانت تولية، فإن كان أحدهما من قرض والآخر من سلم، لم تجز حوالة أحدهما في الآخر، حتى يحلا جميعاً عند ابن القاسم. وأجاز ذلك من سِواهُ من أصحاب مالك، إذا حل المحال به، بمنزلة إذا كانا جميعاً من سلف، وينزل المحال في الدين الذي أُحيل به، منزلة من أحاله، ومنزلته في الدين الذي أُحيل به، فيما يريد أن يأخذ به منه أو يبيعه به من غيره. وقد شرحنا هذا في كتاب المقدمات. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل كان له على غلام لرجل دين، وكان قد تحمل به سيده، فباعه. وانتزع ماله، فقال غريمه لسيده: اقض حقي قد بعت الغلام، قال: ليس ذلك له حتى يبلغ الأجل، وليس له أن يعطيه قبل الأجل.

قال محمد بن رشد: رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها: القياس، لا يجوز له نزع ماله، لأنه للغرماء ولهم مقال، يقولون: نخاف أن تفلس أنت، وإنما يجوز أن يبيعه بماله ويتبع الغرماء ذمته وماله، كأن بائعه يشترط أن عليه ديناً فيما في يديه، فإذا حل الأجل قبض الغرماء دينهم مما في يد العبد، فإن بقي لهم شيء، رجعوا به

=

وأخرجه الحاكم في المستدرك (٤١٨٦)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٠٥٦٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٨١٥)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣٠٧٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٩٥١١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٧١٢٣)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٢١٩).

على بائعه، لأنه تحمل به، فإن كان عديما اتبعوا بذلك من شاؤوا: العبدَ أو السيد. وقول ابن دحون صحيح، ولو لم يتحمل به سيده، لم يكن له أن ينتزع ماله إن كان العبدُ مأذونا له في التجارة، لأن من استدان المأذون له في التجارة من دين، يكون فيما كان بيده من المال، قبل أن يأذن له في التجارة. وفيما بقي في يديه بعد خراجه، فليس له أن ينتزع ذلك منه ويبطل الدين، إذ ليس له أن يسقطه عن ذمته. وأما إن كان غير مأذون له في التجارة، فلسيده أن ينتزع ماله، لان ما استدان العبد المحجور عليه من دين بغير إذن سيده، فله أن يسقط ذلك من ذمته، وإذا كان له أن يسقط من ذمته، فأحرى أن يكون له انتزاع ماله. وقول ابن القاسم في المدونة: إن ما لزم ذمة العبد، لا يكون فيما بقي في يديه بعد خراجه، وإنما يكون فيما وُهب له أو تصدق به عليه، أو أُوصي له به فقبله، معناه: في العبد الذي لم يؤذن له في التجارة، وفيما لزم ذمته مما ليس لسيده أن يسقطه عنه، لأن ما لسيده أن يسقط عنه عن ذمته، لا يؤخذ مما وهب له، أو تُصدق به عليه، إلا بإذنه، فإن لم يسقط ذلك عن ذمته حتى يعتق، اتبع به دينا بعد العتق. والمأذونُ له في التجارة، ويكون ما لزم ذمته فيما بقي في يديه من عمله بعد خراجه إن كان سيده استعمله بخراج معلوم يُؤَدِّهِ إليه. فقف على الفرق في هذا بين المأذون له في التجارة وغير المأذون له فيها، وعلى الفرق في غير المأذون له في التجارة بين أن يكون ما لزم ذمته مما للسيد أن يسقط ذلك عنها، أو مما ليس له أن يسقط ذلك عنها.

وسيأتي في رسم إن خرجت من سماع عيسى مسألة من معنى هذه. سنتكلم عليها إذا وصلنا إليها إن شاء الله وبه التوفيق.

ومن كتاب أوله الشريكان يكون لهما مال

وقال مالك في الرجل يبيع من الرجلين السلعة، ويكتب عليهما أن عليهما حقه، أيهما شاء، أخذ بحقه حيَّهما عن ميتهما، ثم سافر أحدهما ومات الآخر، قال مالك: أرى أن يأخذ صاحب الدين من مال الميت حقه كله، ويتبع الورثة الآخر بما عليه. قال مالك: ولو أن الميت لم يكن له مال، فأراد صاحب الحقّ أن يأخذ من الباقي حصته الذي مات، لم يكن له حتى يحل حقه، إنما هو حميل، وليس لورثة الميت أن يأخذوا منه شيئاً حتى يحل أجله. قال ابن القاسم: وذلك رأيي.

قال محمد بن رشد: قوله: يبيع من الرجلين السلعة، معناه: إلى أجل، على ما ظهر من جوابه في المسألة. وقوله: إذا مات أحدهما أن صاحب الدين يأخذ من مال الميت حقه كله، صحيح، لأن النصف عليه في خاصته، فيحل عليه بموته باتفاق، والنصف هو

به حميل، فيحل عليه بموته على ما في المدونة. وفي ذلك اختلاف، روى ابن وهب عن مالك، أنه يوقف حقّ الطالب من مال الميت، فإذا حل الأجل قبضه إن لم يأت الغائب، فإن أتى ردّ نصف ما أوقف على الورثة، وودّى الغائب النصف، وذلك إذا رضي الطلب بذلك. هذا نص رواية ابن وهب عن مالك في هذه المسألة، وفي قوله فيها: يوقف حقّ الطالب من مال الميت نظرٌ، لأن الذي يوجبه النظر ويقتضيه القياس، أن يأخذ نصف حقه معجلاً، وهو الذي يجب له على الميت في خاصة نفسه، ويوقف النصف الثاني، وهو الذي يجب عليه بالضمان، حتى يحل الأجل، فإذا حل قبضه إن لم يأت الغائب، فإن أتى ردّ ما وقف على الورثة، وودى ذلك الغائب وقوله. وذلك إذا رضي بذلك الطالب صحيح، إذ من حقه أن يأخذ ما وقف له، إذا حل الأجل، إن أتى الغائب وكان ملياً، لشرطه أن يأخذ أيهما شاء بحقه. وقوله في الرواية: ولو أن الميت لم يكن له مال، فأراد صاحب الحقّ أن يأخذ من الباقي حصة الذي مات، لم يكن ذلك له، حتى يحل حقه، هو نص ما في المدونة من أن الكفيل، لا يحق عليه الحقّ بموت المتكفل به المطلوب، ولا اختلاف في هذا أحفظه، وإنما الاختلاف هل يحل على الرجل بموته ما عليه من الكفالة الموجبة؟ حسبما ذكرناه وقوله في آخر المسألة: وليس لورثة الميت أن يأخذوا منه شيئاً حتى يحل أجله، راجع إلى قوله في المسألة الأولى: ويتبع الورثة الآخر بما عليه، فلو اتصل به لاستقام الكلام، وارتفع الإشكال. وبالله تعالى التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع

رواية سحنون من كتاب أوله بَيعٌ ثم كراء

قال سحنون: سمعت أشهب وابن نافع يقولان: سئل مالك عمن كانت له عن رجل مائة درهم، فسأله أن ينظره ويتحمل له بها حميل. قال: لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: معناه: إذا كان مَليًّا والوجه في جواز ذلك أنه لو شاء أخذ حقه منه معجلاً فإذا أخذه على أن يتحمل له به حميلٌ، أو يعطيه به رهناً، فذلك بمنزلة أن لو أسلفه إياه ابتداء، على أن يأخذ منه به حميلاً أو يرهنه به رهناً، ولو كان معسراً، إن قام عليه، لم يجد عنده إلا بعض حقه، لَما جاز أن يؤخره بالجميع، على أن يعطيه به حميلاً أو رهناً، لأنه يصير سلفاً جر منفعة إذ لو لم يؤخره وقام عليه بحقه، لوجب أن يؤخره ببعضه. لقول الله عزّ وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسُرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فيصير إنما أخره بما كان يجد عنده من حقه، لو قام عليه على أن يعطيه رهنا أو

حميلاً بالباقي، وذلك لا يجب عليه وقد وقع في رسم البيوع من سماع أشهب، من كتاب المديان والتفليس مسألة، قال فيها بعض الشيوخ: إنها معارضة لهذه، وليست بمعارضة لها، لأن المعنى فيهما مختلف. وقد بينا ذلك هنالك، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: أرأيت لو قال الحميل أنا أتحمل لك، وتضع عشرة دراهم؟ قال: لا يصلح ذلك، بمنزلة أن لو قال: أعطني عشرة دراهم من دينك وأنا أتحمل لك، قال: لا يصلح، وذلك ذمة بذمة.

قال محمد بن رشد: الجواب في هذه المسألة صحيح والتعليل فاسد، إذ ليس ذلك ذمة بذمة، إنما هو غَررٌ وجعل على سلف، قد يكون ولا يكون، إذ لا فرق بين أن يتحمل الحميل على عشرة يشترطها لنفسه أو لغيره، لأنه إذا فعل ذلك، كان قد أخذ العشرة لنفسه، أو لمن يشترطها له، على أن يؤدي عن المطلوب الحق، إن طلب به على وجه السلف عنه، ثم يرجع به عليه، وذلك ما لا يجوز باتفاق.

وقد مضى في أول مسألة من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، الحكم في ذلك إذا وقع فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

قال: وسئل فقال له: كان لي على رجل ذِكرُ حقّ فسألني بيعاً فأبيت إلا بحميل، فجاءني بحميل، فكتبت حمالته، وكتبت عليهما ذكر حق، أيهما شئت أن آخذ بحقي أخذته، ثم مات الغريم، فبعت كل شيء هو له، حتى استوفيت ثلثي مالي عليه، ثم سألني ورثته أن أُحلله ففعلت، ثم ذهبت أن أتقاضى الحميل، ما كان يحمل لي به، فقال: ليس لك علي شيء قد حتى حللت الذي تحملت لك به، فقال مالك: أرى أن يكون ما، قد وصل إليك من المالين جميعاً، يعني بالحصص، وتحلف بالله ما وضعت إلا للميت، ثم تكون على حقك.

محمد بن أحمد هذه مسألة حايلة إذ لا يصح أن يسقط الدين عن المحمول عنه، ويبقى على الحميل، لأن الحميل إنما يؤدي عن المحمول عنه ما يجب عليه ويتبعه به، فإذا أسقط الدين عنه، سقط عن الحميل، وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها: إنه إنما ألزمه اليمين، من أجل الدين الذي كان له بغير حمالة، فيحلف أنه ما حلله إلا من دينه الذي كان بغير حمالة، قال: ولو كان الدين كله بحمالة، فأخذ بعضه، وحلل الميت من الباقي، لم يكن له تبع على الحميل، إذ لا حجة له ها هنا، أن يقول:

إنما حللته من ديني الذي كان بغير حمالة، وهو تأويل تصح عليه المسألة، فينبغي أن تحمل عليه، وإن كان بعيداً من ظاهر لفظها، إذ يقتضي أنه حلل الميت من جميع ما بقي له من دينه، ما كان منه بحمالة، فالظاهر من قول مالك: إنه حلفه أنه لم يرد إلا تحليل الميت لا تحليل الحميل، لا على أنه أراد تحليل الميت من بعض الورثة دون بعض وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن كان له ذكر حقّ على رجل إلى أجل، فأخذ منه به حميلاً، فلما حل الأجل، أخر غريمه بحقه عليه سنة مستقبلة فقال الحميل لصاحب الحق: قد انفسخت حمالتي، أخرته عن الأجل الذي تحملت لك إليه، أيفسخ ذلك الحمالة؟ فقال: لا والله الحمالة عليه كما هي، مَن تحمل له، لم يقدرون ينظر غريمه، قيل له: يقول له الحميل: أنت أهلكت حقك، وأنظرته سنة حتى أفلس، وذهب ما في يديه، فقال: من تحمل له لم يستطع أن ينظر غريمه. عليه الحمالة لو شاء هو قام عليه.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة أصلها في المدونة ووقعت هاهنا. وفي رسم أوله عبد ابتاعه من سماع يحيى بعد هذا، وفي ظواهر ألفاظها في المواضع المذكورة اختلاف.

وتحصيل القول فيها: إن المطلوب إذا أخره الطالب، فلا يخلو من أن يكون مَليًّا أو مُعدماً، فإن كان معدماً، لم يكن للكفيل في ذلك كلام، ولزمته الحمالة قولاً واحداً، وهو نص قول غير ابن القاسم في المدونة. وإن كان مَليًّا فلا يخلو الأمر من ثلاثة أوجه: أحدها أن يعلم بذلك فيُنكِرَ والثاني أن يعلم بذلك فيسكت والثالث ألا يعلم بذلك حتى يحل الأجل الذي أنظره إليه، فأما إن علم بذلك فأنكر، فلا تلزمه الكفالة. ويقال للطالب: إن أحببت أن تمضي التأخير على ألَّا كفالة، لك على الكفيل، وإلا فاحلف أنك ما أخرته إلا أن يبقى الكفيل على كفالته، فإن حلف لم يلزمه التأخير، وإن نكل عن اليمين لزمه التأخير، والكفالة ساقطة على كل حال. هذا مذهب ابن القاسم في المدونة. وإن كان سكت فيها عن اليمين. وقد قيل: إن الحمالة ساقطة بكل حال، وهو قول الغير في المدونة. وقيل. إنها لازمة بكل حالٍ. ففي هذا الموضع على ما بيناه ثلاثة أقوال. وأما إذا علم بذلك حتى حل الأجل، فسكت، فالحمالة لازمة له. قاله في المدونة. وهو ظاهر قوله في هذه الرواية، وفي سماع يحيى بعد هذا. ويدخل في هذا الاختلاف المعلوم في السكوت، هل هو كالإِقرار أم لا؟ وأما إن لم يعلم بذلك حتى

حل الأجل، فيحلف صاحب الحقّ ما أخره ليبرأ الحميل من حمالته، وتلزمه الحمالة، فإن نكل عن اليمين سقطت الحمالة. وهذا كله في التأخير الكثير، وأما التأخير اليسير، فلا حجة فيه للكفيل، وأما تأخير الكفيل فإنه تأخير عن الذي عليه الأصل، إلا أن يحلف أنه لم يرد تأخير الذي عليه الأصل، فإن نكل عن اليمين لزمه التأخير. هذا كله في المدونة وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى: سألت ابن القاسم عن رجل باع سلعة بعشرين ديناراً، وأعطاه بها كفيلاً، وكتب أيهما شاء أخذ بحقه، ثم إن صاحب الحقّ أمر الكفيل بقبض الكفيل ذلك الحق، فقبضه ثم زعم أنه ضاع، قال: إن كان شرط أيهما شاء أخذ بحقه أخذه، فهو والبيع سواء، فإن كان ذلك منه على وجه الوكالة، يقول: اشهدوا أني قد وكلته بما عليه يأخذه، فهو في الحمالة يبرأ وفي البيع يبرأ من نصف الحق، لأن المبتدع يقول: لا أدفع إليك ما يصيبُني لأني أخاف أن تأكله وتفسده، فأتبع به، فإذا دُفع إليه على وجه الوكالة من صاحب الحقّ فقد برئ، وإن كان قال على غير وكالة: خذ لي حقي على وجه التقاضي، لم يقل على وجه الوكالة، فهُما ضامنان جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة مشكلة، لِإجمالها ونقصان بعض وجوهها، فلا بد من بيان ما أجمله فيها، وإتمام ما نقصه منها. فقوله فيها: إن كان اشترط أيهما شاء أخذ بحقه أخذه، فهو والبيع سواء. معناه: أن الشرط في ذلك عامل، يكون له أن يأخذ بها الغريم المبتاع، فيستويان في وجوب الغرم على كل من طلب منهما وإن افترقا في حكم الرجوع، لأن الكفيل يرجع بما أدى، لأنه أدى عن غيره، والمتابع لا يرجع بشيء لأنه أدى عن نفسه، وإعمال الشرط هو المشهور المعلوم من مذهب ابن القاسم، وقد رُوي عنه أنه لا يجوز إلا في القبيح المطالبة. أوْذِي السلطان وقد تؤول عليه أنه إنما أعمل الشرط على عمومه من غير استثناء، إذا كانت الحمالة في أصل البيع، وبالاستثناء إذا كانت الحمالة بعد عقد البيع والأظهر أن ذلك اختلاف من قوله، وابن كنانة وابن الماجشون وأشهب لا يعملون الشروط بحال. فيتحصل في المسألة أربعة أقوال: إعمال الشرط، وإبطاله، والفرق بين أن تكون الحمالة في أصل البيع وبعده، والفرق بين أن يكون الغريم ممن يتعذر الاقتضاء منه أو لا يتعذر، فإن كان ذلك منه على وجه الكفالة فهو في الحمالة يبرأ، يريد: يبرأ من الجميع، وهو صحيح، لأنه وكيل للطالب، فهو مصدق على ما يدعي من التلف مع يمينه إن اتهم كالمودع، وإذا صدق فيما يدعي من

التلف، كانت المصيبة من الطالب، فيبرأ المطلوب وسقطت الكفالة. وهذا إذا كانت له بينة على معاينة الدفع، فلا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف. ولا اختلاف في هذا إلا أن يدخل فيه الاختلاف بالمعنى من مسألة اللؤلؤ من كتاب الوكالة من المدونة، وإنما اختلف إذا عدم الدفع هل له أن يرجع على القابض أم لا؟ فقال مطرف: يرجع عليه لأنه فرط في دفع ذلك إلى الذي وكله حتى تلف. وقال ابن الماجشون: لا يرجع عليه حتى يتبين منه تفريط، وهذا إذا قامت على الوكالة بينة، وأقر بها الموكل. وأما إن ادعاها الوكيل، فقيل. القول قوله، وقيل القول قول الوكيل. وقوله في البيع: يبرأ من نصف الحق، لأن المبتاع يقول. لا أدفع إليه ما يصيبني، لأني أخاف أن يأكله أو يفسده، فاتبع به، فإذا دفعه إليه على وجه الوكالة من صاحب الحق، فقد برئ، إشارة منه إلى مسألة لم يتقدم لها ذكر، وهو أن يبيع الرجل السلعة من رجلين، على أن واحداً منهما حميلٌ بما على صاحبه، وله أن يأخذ من شاء منهما بجميع حقه، ولذلك قال: إنه إذا قبض لعدمها الحقّ كله من صاحبه وعلى سبيل الوكالة من الطالب البائع، يبرأ الدافع إليه من نصف الحق، وهو ما ينوبه منه في خاصته من أصل الدين، لأنه دفع إلى وكيل الطالب فيبرأ بدفعه إليه، وإن ادعى تلفه إذا كانت له بينة على معاينة دفعه إليه، على ما بيناه. يريد: ويرجع عليه بالنصف الثاني، لأنه أداه عنه بالحمالة إلى الطالب إذا دفعه إليه. وهو وكيل: فصدق فيما ادعاه من تلفه، وكانت مصيبته من الموكل الطالب. وقوله: وإن كان قال على غير وكالة، أخذ لي حقي على وجه الوكالة، فهما ضامنان جميعاً، معناه: يضمن كل واحد منهما لصاحبه، فيرجع الطالب على الدافع، ويرجع الدافع على القابض، وإن أراد الطالب أن يرجع على القابض، وترك الدافع كان ذلك له. وإن أراد أن يأخذ من كل واحد منهما ماله عليه، وهو نصف الحق، كان ذلك له، لأنَّ كل واحد منهما حميل بصاحبه، وله أن يأخذ من شاء منهما بجميع حقه، فإن رجع على القابض لم يكن أن يرجع على أحد، وإن رجع عليهما جميعاً رجع الدافع على القابض بما رجع به عليه، وإن كان قبض أحدهما على وجه الرسالة من الدافع، والمصيبة منه بعد يمين القابض على ما ادعاهُ من التلف، ويبقى الحقّ عليهما على ما كان قبل.

فقف على افتراق هذه الوجوه الثلاثة وهي: أن يقبض أحدهما الحقّ كله على وجه الوكالة من الطالب، أو على وجه الرسالة من الدافع أو على وجه الضمان. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعمن ضمن على رجل طعاماً فيلزمه به، فأتى الحميل إلى الغريم، فقال له: قد لزمت بما ضمنت عنك، فأعطى دنانير، وقال: ابتع لي بها طعاماً، واقضه، ووكله، فقال: عندي طعام، أنا أبيعكه، آخذ لك من غلامي وهو يبيع في الساحل، فبعث إلى غلامه فكيل له. قال ابن القاسم: لا يحل حتى يستوفيه اليمين، لأنه الموكل، ويصير في ضمان الغريم، ثم يوفيه إياه. وأحب إليّ أن لو وكل الغريم غيره يستوفيه منه، ولعل هذا بروز، وما بحوز إلا رصها.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة، أن الطعام الذي ضمن من بيع لا من قرض، لأن الطعام القرض، لا يجوز أن يقضي مما ابتيع قبل أن يستوفي وإن الطعام للعبد لا لسيده الضمين، فهو مبتاعه منه للذي تحمل عنه، يدل على ذلك قوله: آخذ ذلك من غلامي، لأن المعنى في ذلك، أشتريه لك منه، فلا فرق على أصل مذهب مالك في أن العبد يملك بين أن يُشترى له الطعام من عبد، أو من أجنبي، فلا يحل كما قال، أن يقضيه حتى يستوفيه من غلامه بالكيل، فيصير في ضمان الغريم، لأنه وكيل له على ابتياعه له، وقضائه عنه. فيده في ذلك كيده. وقوله في أول المسألة: عندي طعام أنا أبيعكه، بحوز في الكلام نسب طعام عبده إلى نفسه، لعلمه أنه لا يخالفه في ابتياعه منه. وأنه يملك انتزاعه منه إن شاء. واستحب أن يوكل الغريم غيره، مراعاة لقول من يقول: إن العبد لا يملك، وإن الطعام للسيد، فكأن الغريم اشتراهُ منه، فلا يجوز أن يقضيه حتى يستوفيه منه بالكيل، ولو كان الطعام للضامن على ما وقع في سماع أبي زيد، فاشتراهُ منه المضمون بدنانير فدفعها إليه، لما حل للضامن أن يقضيه عنه، حتى يكْتالَه له، فيصير في ضمانه. قال: ذلك له في سماع أبي زيد، وضعفه. ومعناه: بعد أن يوكله بعد اغتياله له من نفسه، واختار أن يوكل غيره، وفي جواز قضائه عنه بعد كيله له بتوكيله إياه على ذلك، اختلافٌ، أجاز ذلك في السلم الثاني في المسألة التي قال فيها: كله لي في غرائرك، أوفي ناحية بيتك، ومنع من ذلك في كتاب السلم الثالث، فقال: لا يجوز أن يوكل الذي عليه السلام بقبضه. قال بعض شيوخ القرويين: وإنما يجوز أن بيعه بقبضه على القول بجواز ذلك إذا قامت بينة على اكتياله، ولا يصدق في ذلك إن كان الضمان يرتفع عنه إذا هلك في الوجهين جميعاً. وليس قوله عندي بصحيح، بل الخلاف القائم من المدونة في ارتفاع الضمان عنه بقوله: قد كلته وإن لم تقم على ذلك بينة تدخل في جواز بيعه بذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل تحمَّل عن رجل بحمالة، فقال المتحمل: تحملت لك بألف درهم، وقال صاحب الحق: لا بل بخمسمائة دينار. وصدق الغريم الذي عليه الحقّ صاحب الحق، قال ابن القاسم: يحلف الحميل أنه ما تحمل له إلا بألف درهم، فإذا حَلف أخذ من الحميل الألف الدرهم التي أقر بها، فباع بدنانير، فإن بيعت بثلاثمائة دينار، اتبع صاحب الحقّ الذي عليه الحقّ بمائتين بقية الخمسمائة دينار، ويرجع الحميل على الغريم بثلاثمائة دينار، ثمن دراهمه التي بيعت، فيشتري له بها دراهم، فإن بلغت الألف درهم فبسبيل ذلك، وإن زادت فالزيادة للغريم الذي عليه الحق، فإن نقصت حلف الذي عليه الحقّ للحميل، أنه ما تحمل عنه إلا بخمسمائة، فإن نكل حلف هذا الحميل وأخذ.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها نظر، والذي يوجبه القياس فيها والنظر، أن يحلفا جميعاً، يحلف الحميل ما تحمل إلا بألف درهم، ويحلف صاحب الحقّ أنه تحمل عنه بخمسمائة دينار، فإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً عن اليمن، كان الجواب فيها على ما ذكر. إلا فيما قال في آخر المسألة: إن الذهب التي ابتيعت بالدراهم، إن نقصت عن الألف درهم، فنكل الذي عليه الحقّ عن اليمين، أنها تحمل عنه إلا بخمسمائة دينار، يحلف الحميل، ويأخذ، لا يحتاج إليه إذا حلفا جميعاً، لأنه قد حلف مرة، فلا يلزمه أن يحلف ثانية، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما، إن صدقه الذي عليه الحق، وأما إن كذبه، فيحلف على ما أقر به، ويشتري به للحميل ما أدى، فإن كان في ذلك زيادة، رجعت الزيادة إليه، وإن كان فيه نقصان لم يلزمه أكثر من ذلك، لأن الدراهم إذا أخذت من الحميل، إنما تباع على ملكه، ومصيبتها منه إن تلف والأجرُ إن احتيج في تصديقها إلى أجر عليه، فلا يصلح أن يفعل هذا كله، إذا حلف أنه لم يتحمل عنه إلا بألف درهم، حتى يحلف صاحب الحقّ أنه ما تحمل عنه بخمس مائة دينار.

مسألة:

وقال في رجل تحمل له رجل بحمالة وقال: تحملت لك بألف إردب قمح، وقال صاحب الحق: لا بل الخمسمائة دينار. وقال الغريم الذي عليه الحق: إنما تحمل عني بألف درهم، قال ابن القاسم: يأخذ من الغريم ألف درهم، فيجعلها قضاء عن الحميل، فينظركم ثمنها قمحاً؟ وكم تبلغ من القمح؟ فإن بلغت مائة إردب، أخذ من الحميل

تسعمائة إردب، تمام الألف إردب التي أقر بها، ثم يباع ذلك كله بدنانير فيوفي صاحب الحقّ الخمسمائة، قال: فإن نقص عن الخمسمائة دينار، لم يكن له على الحميل أكثر منها، وإن زادت على خمسمائة إردب ردت إلى الحميل.

قال محمد بن رشد: قوله: وإن نقصت عن خمسمائة، لم يكن له على الحميل أكثر منها، يريد: ولم يكن له ولا للحميل رجوع على الغريم المطلوب بشيء، لأنه إنما أقر بألف درهم، وقد غرمها، فهي مصيبة دخلت عليه، وسكت في هذه المسألة عن ذكر الأيمان ولا بد منها، لأن من نقص منهم من حقه شيء، فله أن يحلف على من يدعي عليه، فوجه الحكم فيها أن يحلفوا كلهم، وحينئذ يكون ما قال، يحلف الغريم المطلوب الذي عليه الحق، أنه ليس عليه إلا ألف درهم، ويحلف الحميل أنه لم يتحمل إلا بألف إردب قمحاً، ويحلف الطالب صاحب الحقّ أنه لم يتحمل له إلا بخمسمائة دينار، فإن حلفوا أو نكلوا، كان الحكم في ذلك على ما قاله في الرواية، وإن نكل الذي عليه الحق، وحلف الطالب والحميل، لزمه ما حلف عليه الطالب، وكان الحكم بين الطالب وبين الحميل على ما ذكره في الرواية، وإن نكل الطالب لم يكن له على المطلوب الغريم، إلا ما حلف عليه ولا على الغريم الحميل، إلا ما حلف عليه، وإن نكل الحميل لزمه ما حلف عليه الطالب، ولم يكن له أن يرجع على الذي عليه الحق، إلا بما حلف عليه. وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

ومن كتاب العرية

وسئل ابن القاسم عن الرجل يعطي الرجل ديناراً في دينارين إلى شهر، ويتحمل له رجل بالدينارين، هل على الحميل شيء؟ قال: إن كان علم بمحلهما وحضره فعليه الدينار الذي أعطاه وإن كان لم يعلم، وإنما جاءه وقال: تَحَمَّلْ عني لهذا بدينارين إلى شهر، ولا يعلم عملهما، ثم علم، فلا شيء عليه، لأنه يقول: لو علمت لم أتحمل لك ولم أدخل في الحرام، قيل له: فإن كان أعطاه ديناراً في دراهم إلى شهر، وتحمل له رجل بالدراهم، قال: هو مثله أيضاً إن لم يعلم فلا شيء عليه، وإن كان علم، قيل له: أخرج الدراهم التي تحملت له بها، فاتبع له بها ديناره، واتبع أنت صاحبك بالدراهم، قيل له: فإن كانت الدراهم أكثر من ثمن الدينار، أو لا تبلغ ثمن الدينار، قال: أمَّا إن كانت أكثر اشترى ديناراً بما كان أقل من ثمن الدينار، اتبع له بها ما بلغت من أجزاء الدينار، واتبع هو صاحبه بما بقي له من ديناره، ويتبعه الحميل بالدراهم، قيل له: فلو أن رجلاً كان له على رجل دينار، فحوّله في زيت إلى شهر، وتحمل له رجل بذلك الزيت

إلى شهر. قال: هو مثله أيضاً إن كان لم يعلم، فلا شيء عليه، وإن كان علم، خرج الزيت فيبيع له منه بدينار فقضاه ديناره واتبع هو صاحبه بالزيت. قال: وإن ناساً ليقولون، وهم أهل العراق، ينتقض ويسقط عن الحميل على كل حال، ولكن الذي يستحسن وآخذ به أن يكون عليه غرم الدينار، إذا علم، لأنه كأنه دخل في استهلاك شيء، فنحن نسقط عنه الحرام، ويغرم الذي دفع عنه صاحبه فقط.

قال الإمام القاضي: ظاهر قول ابن القاسم في رسم باع شاة بعد هذا: وكل حمالة كان أصل شرائها حراماً، فليس على المتحمل مما تحمل شيء، مثل قول أهل العراق: إن الحمالة تبطل على كل حال، إذا كان أصل الشراء فاسداً ومثله في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك وهو قول ابن عبد الحكم: إن الحمالة ساقطة، علم الحميل بفساد البيع أو لم يعلم، ومثله في كتاب ابن المواز. قال: وكل حوالة وقعت على أمر حرام بين المتبايعين، في أول أمرهما أو بعد، فهي ساقطة، ولا يلزم الحميل بها شيء، علم المتبايعان بحرام ذلك أو جهلاه، علم الحميل- بذلك أو جهله، قال محمود: إن حرامه للبائع فيه عقد وسبب، وهو قول أشهب: إن الحمالة بالحرام، وبالأمر الفاسد باطل، بخلاف الرهن، لأن الرهن يجعل رهنا بالأقل، ووجه هذا القول، أن الذي تحمل به الحميل، وهو الثمن، لمّا سقطت عن المتحمل عنه، لفساد البيع، سقط عن الحميل. وفي المسألة قول ثالث: إن الحمالة لازم على كل حال، علم الحميل بفساد البيع أو لم يعلم. وهو قول ابن القاسم في آخر هذا الرسم، وقول غير ابن القاسم في المدونة، وقول سحنون في نوازله بعد هذا من هذا الكتاب. ووجه هذا القول، أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له، في دفع ماله للثقة به، فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن، للذي تحمل به. وهذا الاختلاف كله إنما هو إذا كانت الكفالة في أصل البيع الفاسد، وإن كانت بعد عقد البيع الفاسد، فهي ساقطة قولا واحدا.

هذا تحصيل الحكم في الكفالة في اللزوم، إذا وقع الفساد بين المتبايعين، وأما إذا وقع بين الكفيل وبينهما، أو بينه وبين الطالب منهما، أو بينه وبين المطلوب فيهما بعلم الطالب، فالكفالة ساقطة، فإن وقع الفساد بين الكفيل والمطلوب، بغير علم الطالب لزمت الحمالة.

وقد مضى هذا المعنى في أول مسألة من الكتاب في الحمالة بالجعل. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل لزم رجلاً بدنانير له عليه، فقضاه رجل عنه فيها دراهم، فما ترى على الغريم أن يقضي من قضى عنه الدنانير التي كانت له عليه والدراهم التي قضاها عنه؟ قال ابن القاسم: لا يجعل هذا أن يقضي رجل عن رجل دراهم، ويأخذ منه دنانير، وإن كان قال: اقضه دنانير فأعطاه فيها دراهم، فله دنانير، وإن كان صالح صاحب الحقّ بدنانير يدفعها عنه، فإنما يرجع أيضاً عليه بدنانير، وعن رجل لزم رجلاً فصالح من قمح، فقضى رجلاً عنه ثمراً قال: هذا مثل الأول، فإن كان إنما أحاله على رجل بقمح يعطيه إياه، فأعطاه فيه ثمراً صالحه عليه، فليس له أن يرجع عليه إلا بثمر، وذلك إذا كان له من سلف، فإن كان من بيع باعه أو ابتاعه، فإن ذلك لا يحل، يأخذ فيه ثمراً إن كان من بيع أو ابتياع، فإن كان القمح سلفاً فصالحهُ على ثمر يسلفه من إنسان، وأمره أن يدفعه إليه، فإنما له ثمراً.

قال محمد بن رشد: سؤاله في أول هذه المسائل عمن قضى عن رجل بغير أمره دراهم عن دنانير لغريمه، هل يقضي من قضى عنه الدنانير التي كانت عليه أو الدراهم التي قضاها عنه؟ فلم يجبه على ذلك بجواب بين، إذ عدل في الجواب عما سأله عنه، إلى ما قاله من أنه لا يحل أن يقضي رجل عن رجل دراهم ويأخذ منه دنانير، والجواب البيّن في ذلك أن يرجع على الذي قضاه بما دفع إليه من الدراهم، وتبقى الدنانير عليه لصاحب الحقّ كما كانت، لأنه قضاء فاسد، ولا اختلاف في هذا عندي إذا قضاه بغير أمره، وإنما أختلف إذا أمره أن يقضي عنه دنانير لغريمه، فقضاه دراهم أو أمره أن يقضيه قمحاً فقضاه ثمراً هل يرجع عليه بما أمره به من الدنانير والقمح بما دفع من الدراهم والثمر؟ فقال: إنه يرجع بما ابتاع من القمح والدنانير، ومرة جعله مصالحاً عن الذي عليه الحقّ بما دفعه إلى غريمه عنه من الدراهم أو الثمر فقال: إنه يرجع بالدراهم أو الثمن الذي دفع، إلا أن يشاء الآمر أن يدفع إليه ما كان عليه، يكون مخيراً في ذلك، وهو معنى قول مالك في كتاب المديان من المدونة، لأنه يربح في السلف، ولو بين، فقال: أصارفك لنفسي في الذهب الذي لك بهذه الدراهم، وأنا أبتاع منك القمح الذي لك بهذا الثمر، لوجب أن يرجع بالدنانير وبالقمح قولاً واحداً. وكذلك لو بين أيضاً فقال: أنا أصالحك عن الذي عليه الدنانير والقمح، بهذه الدراهم، أو بهذا الثمر، لوجب أيضاً أن يرجع بالدراهم والثمر قولاً واحداً، إلا أن يشاء الآمر أن يدفع إليه ما كان عليه، لأن من حقه أن يقوله: لا أرضى بهذا الصلح، إذ لم آمرك، فإنما يرجع الخلاف في هذه

المسألة إلى ما يحمل عليه الآمر عند الإبهام. ومن أهل النظر من ذهب إلى أن يجبر الآمر. قول ثالث في المسألة، وليس ذلك عندى بصحيح. وتحصيل الخلاف في المسألة في جواز القضاء فيها قولين أحدهما إنه لا يجوز، ويفسخ من أجل الخيار الذي للآمر، فلا يدْري المأمور بما رجع والثاني إنه يجوز ولا يفسخ من أجل أنه خيار أوجبه الحكم، لم يدخلا عليه فلا تأثير له في صحة القضاء، فقوله في هذه الرواية ولو كان صالِح صاحب الحقّ بدنانير يدفعها عنه، يريد: في دراهم عليه رجع عليه أيضاً بدراهم صحيح، لا اختلاف فيه عندي لأنه قد بين أنه إنما دفع الدنانير عن الذي عليه الحقّ صلحاً عنه فيما كان عليه من الدراهم، بخلاف المسألة التى قبلها، إذا قال له: اقضه عني دنانير، فأعطاهُ دراهم، تلك هي مسألة الخلاف، إذ لم يبين على أي وجه دفع الدنانير عن الدراهم؟ إن كان على وجه الصلح عن الآمر، وعلى وجه المصارفة لنفسه. وقوله فيمن لزم رجل بصاع من قمح، فقضى رجل عنه ثمراً إنها مثل الأول، يريد: إنها مثلها في أنه قضاء يجب فسخه على ما بيناه، من أجل أنه لم يأمر به. وقوله: فإن كان إنما أحاله على رجل بقمح يعطيه إياه فأعطاه فيه ثمراً صالحه عليه، فليس له أن يرجع عليه إلا بثمر، خلاف قوله في المسألة التي قبلها، وهي إذا قال اقضه عني دنانير فأعطاه بها دراهم، فله دنانير، إذ لا فرق بين أن يقضي دنانير عن دراهم، أو ثمراً عن قمح، إلا أن يفرق بينهما من أجل أنه في مسألة الدنانير مأمور لا حميل، وفي مسألة القمح حميل، لأنه لما أحاله عليه وهو لا دين عليه، كان حميلاً. وقد فرق في المدونة في أحد أقاويله بين الحميل والمأمور، ووجه الفرق بينهما أن الحميل إنما تحمل على أن يؤدي إلى الطالب ماله على المطلوب ويتبعه بما أدى على أن يشتري ما للطالب على المطلوب، فيتبع به المطلوب، فوجب أن يحمل أمره عند الإبهام على ما علم من قصده أو لا. فيتحصل في المأمور والكفيل يدفع أحدها دنانير عن دراهم، أو دراهم عن دنانير، أو قمحاً عن ثمر أو ثمراً عن قمح ثلاثة أقوال: أحدهما أن يرجع على المطلوب بما أدى إلى الطالب، إلا أن يأبى المطلوب أن يعطي إلا ما عليه والثاني أن يرجع عليه بما كان للطالب عليه. والثالث الفرق بين الكفيل والمأمور، فيرجع الكفيل على المطلوب بما أدّى إلى الطالب، ويرجع المأمور عليه بما كان للطالب عليه.

وقوله في الرواية: وإن كان القمح من بيع باعه أو ابتاعه فإن ذلك لا يحل أن يأخذ فيه ثمراً بَيّنٌ، لا إشكال فيه، لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفي. وأما قوله: فإن كان القمح سلفاً، فصالحه على ثمر يسلفه من إنسان، وأمر أن يدفعه إليه، فإنما له ثمن، فلا

اختلاف فيه، لأن المطلوب هو الصالح للطالب، المستسلف للثمر، فلا إشكال في أنه يرجع عليه بما أسلفه إياه من الثمر، ودفعه يأمره إلى الطالب، إلا أن الصلح لا يجوز، إلا أن يقبض التمر في الوقت ناجزاً ولا يتأخر عن عقد الصلح. وقد قال ابن دحون فيها: إنه على قياس ما تقدم في الرجوع، يريد أنه يدخل فيها من الاختلاف في الرجوع، ما دخل فيما تقدم. وليس ذلك بصحيح على ما بيناه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل تحمل عن رجل بثمن سلعة فوجد البيع فاسداً وقد فاتت السلعة، فرجع بها إلى القيمة، هل يلزم الحميل شيئاً؟ قال: الحميل ضامن فيما بينه وبين أن تبلغ القيمة الثمن الذي تحمل به، فإن زادت القيمة على الذي تحمَّل له، يلزمه أكثر مما تحمل قال محمد بن رشد: هذه مسألة مضى الحكم عليها مستوفى في أول هذا الرسم، فلا معنى لِإعادة شيء منه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى لمكاتبه

وسئل ابن القاسم عن الرجل يتحمل عن الرجل بعشرة دنانير، فيدفعها الذي عليه الحقّ إلى الحامل، ليدفعها إلى صاحب الحق، بحضرة الذي عليه، وبعلمه، ولم يشهد عليه، ثم يجحد الذي قبضها أن يكون قبض شيئاً. قال: على الذي كانت عليه أن يغرمها ثانية، لأن التقصير جاء من قبله، إذ لم يشهد على براءة منها حين دفعها الحميل، وإن كان بعلمه وبحضرته. قال: ولو كان الحميل دفعها ولم يشهد ولم يحضر الذي عليه الحقّ حين دفعها الحميل، كان لها ضامن، لأنه هو أهلكها حين لم يشهد على دفعها. ولو أن الحميل دفعها من ماله نفسه، بحضرة الذي عليه الحق، ثم جحد الذي قبضها أن يكون قبض شيئاً والذي عليه الحقّ يشهد أنه قد دفعها إليه أخذت من الذي عليه الحق، إن كان موسراً ولم يتبعه الحميل بشيء من العشرة التي دفع، وكانت مصيبة العشرة الأولى من الحميل، ولو كان الذي عليه الحقّ دفعها بحضرة الحميل، ولم يشهد، ثم جحد الذي قبضها، فإنها تؤخذ منه ثانية إن كان موسراً، أو إن كان معسراً أو غائباً فأخذت من الحميل، لم يرجع الحميل على الذي عليه الحق، بقليل ولا بكثير، لأنها مظلمة دخلت عليه. وهو يعلم أن الذي عليه الحقّ قد دفعها.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الحميل إذا دفع العشرة إلى الطالب من مال المطلوب بحضرته دون إشهاد، فأنكر الطالب إنه لا ضمان في ذلك على الحميل الدافع، لأن التقصير كان من المطلوب الذي له المال إذا لم يشهد، بخلاف إذا كان

الدفع بغير حضرته صحيح، على معنى ما في كتاب القراض من المدونة من المقارض يدفع ثمن سلعة اشتراها إلى البائع بحضرة ربّ المال، فيجحد البائع الثمن، فلا ضمان على الدافع، وغرمها المطلوب ثانية، بعد عين الطالب الجاحد، فإن كان عديماً أو غائبا فأخذت من الحميل ثانية، لم يرجع الحميل بها على المطلوب، لعلمه أنه لا شيء قبله، كما كان إذا دفعها المطلوب من ماله بحضرة الحميل، فجحدها الطالب، فأخذت من الحميل ثانياً لعدم المطلوب، ولقيمته إنه لا يرجع بها على المطلوب! لعلمه أنه قد أداها فلا شيء عليه منها، وهو على قياس رواية عيسى عن ابن القاسم في رسم استأذن من سماعه من، في الذي يستحق من يديه العبد وهو يعلم أنه من تلاد البائع، إنه لا رجوع له عليه، فيدخله في الخلاف ما في تلك، حسبما مضى القول فيه هناك، وإن دفعه بغير حضرته، فهو ضامن لرب المال، ويسوغ له تضمينه، وإن علم أنه جحد أنه أتلفه عليه، إذ لم يشهد على دفعه. وأما إذا دفع الحميل العشرة من ماله إلى الطالب بحضرة المطلوب، ولم يشهد، فجحد القابض، فقال في هذه الرواية: إن مصيبة العشرة الدنانير من الحميل الدافع لها، لأنه هو أتلفه على نفسه، إذ لم يشهد على دفعها، فلا يرجع بها على المطلوب، وتؤخذ العشرة من المطلوب، فإن لم تؤخذ منه على قوله، وأخذت من الحميل ثانية، رجع بها على المطلوب. وقال في سماع أبي زيد: إنه إن أُخذت من الحميلِ ثانية بحضرة المطلوب أيضاً، رجع عليه بعشرين، فإن لم تؤخذ منه ثانية على قوله، وأخذت من المطلوب، رجع بالعشرة الأولى على المطلوب. والمعنى فيما ذهب إليه في رواية أبي زيد هذه، أنه رأى أن التقصير في ترك الإِشهاد على الدفع، كان على المطلوب، إذا أداها بحميل عنه بحضرته إلى الطالب، فجحدها، لأن تلفها كان منه، بتضييعه الإِشهاد، فوجب أن يرجع بها عليه. ورأى في رواية عيسى عنه، أن التقصير في ترك الإِشهاد على الدافع، كان من الحميل، لأن المال ماله، لا من المطلوب الحاضر، فلم ير له بها عليه رجوعاً من أجل أنه هو أتلفها على نفسه، وهو الأظهر، لأن المال ماله، فهو أحقّ بالإِشهاد على دفعه من المطلوب، وإن كان حاضراً. فهذا معنى اختلاف قول ابن القاسم في هذه المسألة. وقد ذهب بعض الناس إلى أن رواية أبي زيد تأتي على قياس قول ابن وهب وأشهب في سماع عبد الملك بعد هذا، إلا أنه أرجع الحميل على المطلوب بما أدى عنه، وإن علم أنه لا يجب عليه شيء، من أجل أنه أدى عنه بعلمه ما تحمل به عنه بأمره، كما أرجع ابن وهب وأشهب، الحميل على صاحبه بما تحمل عنه بأمره، وإن علم أن ذلك لا يجب عليه، وإن رواية عيسى في

هذه المسألة، تأتي على قياس روايته في رسم استأذن من سماع عيسى من، في الذي يستحق العبد من يده، وهو يعلم أنه من بلاد البائع، إنه لا رجوع له عليه بشيء من الثمن الذي دفع إليه. وليس ذلك عندي بصحيح، لأن اختلاف قول ابن القاسم في رواية عيسى وأبي زيد عنه في هذه المسألة، إنما هو مبني على الاختلاف فيمن تعين عليه الإشهاد منهما، على الدافع، حسبما ذكرناه. وأما قول أشهب وابن وهب في سماع عبد الملك، فليس بمخالف لشيء من ذلك، لأنها مسألة أُخرى لا يتصور إلا دخول الاختلاف فيها عندي. حسبما نبينه في موضعه إذا مررنا به. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أُمهات أولاده

وسئل عن رجل قال لعبده: إن جئتني بخمسين دينارا فأنت حر، فتحمل بها رجل للسيد، وعجل له العتق. قال: حمالتُه ثابتةٌ تلزمه، لأنها حمالة في حرمة ثبتت، بمنزلة من قال لرجل: أعتق عبدك، ولك علي خمسون ديناراً إلى أجل، فدلك الحقّ يلزمه. قيل له: أيرجع الحميل على العبد؟ قال: نعم ذلك له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، مثل ما في المدونة من أن الحمالة للسيد بكتابة مكاتبه، لا تجوز، إلا أن يعجل العتق، فإن فعل فأدى عنه كان له أن يرجع عليه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: إذا اشترط على الحميل أن حقي عليك، لست منه في شيء، أو كتب عليهما، إن حقه عليهما جميعاً، حيّهما عن ميتهما، وأيهما شاء أخذ، كان حقه لازماً للحميل، وإن كان الغريم ملياً، فليأخذ من الحميل جميع حقه إن شاء، وإن لم يكن كذلك. قال مالك: بُدىء بمال الغريم، إلا أن يكون الغريم غائبا أو مفلساً.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا اشترط على الحميل، إن حقي عليك لست منه في شيء، معناه: أنه اشترط على الحميل أن حقه عليه. وقال للذي عليه الأصل: لست أنت منه في شيء، أي لا شيء عليك منه. وإذا قال ذلك له، فقد أبراه مما كان عليه، لاشتراطه إياه على الحميل، فمساواته بين ذلك وبين أن يشترط أن حقه عليهما جميعاً حيّهما عن ميتهما، وأيهما شاء، مثل رواية مطرف عن مالك في الواضحة خلافاً لما في المدونة في إبراء الغريم، واشترط حقه على الحميل، لأن الظاهر من قوله فيها. إنه لا رجوع له عليه بحال. وقد قيل: إن معنى قوله: إنه لا رجوع عليه، إلا أن يموت الحامل أو يفلس، على ما روى ابن وهب عن مالك. وقال ابن الماجشون شرطُه باطل، ولا

يُعدَى عليه حتى يبلى الغريم. وهذا الاختلاف عندي إنما هو إذا أبرأ الطالب الغريم من أن يكون عليه رجوع، أو تباعة، وإن الحميل يرجع عليه بما أدى عنه، وأما إن وقع الشرط على ألَّا تباعة لواحدٍ منهما قبله. فقد أسقط الدين عنه ولم يكن لواحد منهما رجوع ولا تباعةَ قولاً واحداً. وقد يحتمل أن يكون معنى ما تكلم عليه ابن القاسم، أنهما أبرآه جميعاً، فيكون قد تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه مالك في رواية ابن وهب. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم كلُّ حميل قال: حقك علي، دعْ صاحبك لا تكلمه، فإن الحقّ عليه، وإن كان الذي عليه الحقّ مليا، كان صاحب الحقّ مخيراً فيه، وفي الحميل إذا قال حقك علي، مثل أن يقول صاحب الحقّ للذي عليه الحق: أنا أخاف شغبك وكلامك، فقال الحميل: حقك علي، لا تكلمه فإن الحقّ على الحميل وإن كان الغريم ملياً.

قال محمد بن رشد: القول في هذه المسألة، كالقول في التي قبلها سواء، لاتفاقهما في المعنى، وإن اختلف اللفظ. وبالله التوفيق.

ومن كتاب سلف ديناراً في ثوب

قال ابن القاسم: من تحمل بوجه رجل إلى أجل فمات المتحمِّل به، وهو مع صاحبه في البلد الذي هو له قبل الأجل، فلا شيء على المتحمل، لأنه حين مات قبل الأجل، لم يلزمه من حمالته شيء، حتى يطلبه، وإن مات بغير البلد الذي تحمل به فيه قبل الأجل، وكان المكان لو كان حياً لم يأت به حتى يمضي الأجل، فهو ضامن له، وكذلك لو مات بعد الأجل بغير البلد، كان ضامناً له، طلبه أولم يطلبه، لأنه لو طلبه منه لم يقدرعلى أن يأتيه به. قال ابن القاسم: وكل ما قلت لك من خلاف هذه المسألة فيها، فدعه، وخذ بهذا. وإن مات بغير البلد قبل الأجل، وكان فيما بقي من الأجل ما يأتي به فيه، فلا شيء عليه. قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتحمل بوجه الرجل إلى أجل، فيموت المتحمِّلُ به قبل الأجل أو بعده، قال: إن كان حاضراً أو مات في الحضر، فلا شيء على الحميل، وإن كان غائباً فمات نظر، فإن كان بموضع لو كلف أن يأتي به أتاهُ به في الأجل أو بعده بشيء، لم يكن على الحميل غرم، وإن كان بموضع لو كلفه أن يأتي به لم يأت إلا إلى أبعد من الأجل بكثير فأراهُ ضامناً.

قال الإِمام القاضي: رواية سحنون عن ابن القاسم، في أنه إن مات قبل الأجل من

غير البلد بموضوع لو كلفه أن يأتي به لأتى به في الأصل أو بعده بشيء، يريد: بمقدار مكان يتلوم له فيه لو طلبه لم يكن عليه غرم، وإن كان بموضع لو كلفه الإتيان به إلى أبعد من الأجل بكثير، فأراهُ ضامناً، يحمل على التفسير لرواية عيسى عن ابن القاسم هذه، ولما حكى ابن حبيب عنه في الواضحة من رواية أصبغ. ومثل هذا في كتاب ابن المواز وهذا كله خلاف لما في المدونة من قوله: وإن أُخذ الحميل بالغريم، والغريم غائب، فحُكم على الحميل وأغرم المال، ثم طلعت للحميل بينة، أن الغريم كان ميتاً قبل أن يحكم على الحميل، ارتجع ماله، لأنه لو علم أنه ميت حين أخذ منه الحميل، لم يكن عليه شيء، لأنه إنما تحمل بنفسه، وهذه نفسه قد ذهبت، فعلى مذهبه في المدونة، إذا مات لا يبالي حيث مات، تسقط الحمالة بموته، مات في مغيبه أو في البلد، وهو قول أشهب. وقد دل على اختلاف قوله في هذه المسألة قوله: وكل ما قلته من خلاف في هذه المسألة فدعه وخذ بهذا، ولو أتى الحميل بالغريم عند الأجل، والطالب غائب، لما برئ بإتيانه به حتى يجمع بينه وبين صاحبه، إلا أن يكون شرط عليه عند الحمالة أنك إن غبت ولم توكل من يقتضي مني، فلا حمالة لك علي، ويكون ذلك له إذا أحضره عند الأجل، ويرى من حمالته بإشهاده على إحضاره قال ذلك ابن حبيب في الواضحة. ولو لقي الحميل المتحمل مساءً وصباحاً حتى تمر به الأعوام، بعد حلول الأجل، لما برئ من حمالته إن غاب بعد، فطلبه به حتى شهد له بالبراءة من حمالته. رواه أصبغ عن ابن القاسم في بعض الروايات، وقد اختلف إذا غاب الغريم فقُضي على الحميل بالغرم، فلم يؤخذ المال منه حتى أتى به، فقال في المدونة يغرم ما قضى عليه به، وقد مضى الحكم ومثله في العشرة لابن القاسم، وقال سحنون: إن أحضره قبل أن يغرم برئ. وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

وسئل ابن القاسم عن رجال اشترى هو وغلامه سلعة من رجل إلى أجل، وكتب عليهما جميعا حظه، وبعضهما حميل ببعض، فباع الرجل العبد قبل الأجل، هل يكون على سيد العبد أن يدخل له حميلاً ما كان؟ وهل يحل عليه هذا الحقّ حين باع العبد؟ قال: ليس عليه شيء حتى يحل الأجل، وليس عليه أن يدخل له حميلاً ما كان للعبد، وهو يبيع العبد حيث كان، فإن رضي المشتري أن يحسبه بما عليه من الحمالة، كان له البيع، وإلا ردهُ، إلَّا أن يشاء بائع العبد أن يخرجه من ذلك العيب بالقضاء عنه، ويلزمه المشتري البيع، وذلك إذا لم يعلمه.

قال محمد بن رشد: لم يرَ أنه يجعل بيع العبد قبل الأجل ما تحمل به العبد عنه إلى الأجل، ولا أن يقيم له حميلاً سواه، وهو كما قال، لأن حمالة العبد عن سيده لا تبطل عنه بيعه إياه، لأنه إن بين ذلك للمشتري لزمه، وإن كان لم يبين له به كان بالخيار بين أن يمسكه بما عليه من الحمالة، وبين أن يرده، وفي إجازة بيعه إياه نظر، لأنه بنفس البيع يكون منتزع المال، والعبد المأذون له بالتجارة إذا كان عليه دين، فليس لسيده أن ينتزع ماله، لأن انتزاعه إياه، إبطال للدين الذي في ذمته. فمعنى المسألة عندي أن العبد محجوز عليه، لأن ما لزم ذمة العبد المحجور عليه من الدين الذي لا يجوز للسيد أن يسقط ذلك من ذمته، كنحو هذا الدين الذي علم به فأمضاه، لا يكون إلا فيما وهب له أو تصدق به عليه، فيكون لسيده أن ينتزع ما سواه من ماله.

وقد مضى في رسم مرض من سماع ابن القاسم ما فيه بيان هذه المسألة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يكون له على الرجل الحقّ إلى أجل، فيتقارب الأجل، فيريد الذي عليه الحقّ سفراً، ويتعلق به صاحب الحق، ويقول له: إنك تريد سفراً، وأنا أخاف أن يحل أجل ديني، وأنت غائب، ولكن أعطني حميلاً إن غبت عني يقوم لي بحقي. قال: ينظر في ذلك السلطان، فإن رأى الأجل سيحل قبل أن يقضي سفره لبعد المكان الذي يريد في مثل ما بقي من الأجل، كان عليه أن يعجل له حميلاً، وإلا لم يكن عليه حميل، ويحلف بالله ما أُريد إلا سفراً لمثل ما يخرج إليه من التجارة، وطلب الحوائج الغربية مما يأتي في مثله ويخليه.

قال محمد بن رشد: لم يذكر في المدونة من كتاب السلَم الثانى منها يمينَه في هذه المسألة. وقال ابن أبي زيد في اختصاره لها: يريد: ويحلف في هذه المسألة والله أعلم. وكذلك لم يذكر يمينه في مسألة كتاب النكاح الثاني من المدونة في الزوج يريد سفراً أنه ينظر إلى سفره الذي يريد، فيفرض لزوجته قدر ذلك، فيرجع إليها ويأتيها بحميل يجبر به لها ومعناه، بعد يمينه إن زعمت أنه يريد السفر إلى ما هو أبعد من ذلك. واليمين يمين تُهمة، فيدخل في لحوقها ابتداء، وفي رجوعها إذا لحقت على القول بأنها تلحق ما يدخل في يمين التهمة، وقد ذكرنا ذلك في غير ما موضع وبالله التوفيق.

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

قال وكتب إلى ابن القاسم، قاضي الإسكندرية، يسأله عن رجل أسلف رجلاً ديناراً

إلى أجل، وأخذ عليه حميلاً، فلما حل الأجل لقي الرجل الذي عليه الدينار، فقال: اقضني الدينار، فقال ليس عندي، ولكن أجعله لك في عشرة أراديب شعيراً إلى الغلة. وكتب عليه بها ذكر حق، ثم لقي الحميل، فقال له: قد بريت من الدين الذي تحملت لي به عن فلان، فأشهد له بالبراءة، حتى مضى له شهر، ثم رجع فقال: هذا مكروه، ولم أعلم، وتعلق بالحميل، أفله أن يرجع إليه أم لا؟ قال: ليس له أن يرجع على الحميل، وقد برأ الحميل من الحمالة، ولا ينفعه ما جعل من ذلك شيء، ولا ينفعه الحرام الذي جعل فيه، ويرجع على صاحبه، والحميل بريء.

قال محمد بن رشد: إنما بطلت عن الحميل بالدينار الحمالة، من أجل أن المتحمل أبرأه منها بما ظن من جواز فسخ الدينار في الشعير إلى أجل، فلم يعذره بالجهالة، لأنه أصل مختلف فيه، فيأتي على القول بأنه يعذرُ بها إذا كان ممن يمكن أن يجهل مثل هذا أن يحلف ما أبرأه من حمالة الدينار، إلا وهو يظن أن الدينار قد بطل عن المطلوب بالشعير، الذي سلمه فيه. وهذا نحو ما حكى ابن حبيب عن أصبغ في الحميل بما على الغريم إذا أخذ الذي له الحقّ من الغريم، عبداً بالحق، ثم استحق العبد من يده، فرجع إلى الغريم بما كان عليه، فلا سبيل له إلى الحميل، وقد برئ الحميل حين أخذ من الغريم بالحق ما أخذ وبالله التوفيق اللهم لطفك.

ومن كتاب الثمرة

قال: وقال مالك في رجل قال: أُشهدكم من داين فلاناً فأنا حميل بما بويع به، فأتاه رجل، فقال: إن على فلان حقان ولا بينة له عليه إلا إقرار من المتحمِّل به، وهو يقر أن له عليه حقاً وليس لصاحب الحقّ عليه بينة، قال: لا يكون على الحميل غُرمُ شيء مما أقر به المتحمل به، إلا ببينة تقوم لصاحب الحقّ على حقه عليه، وكذلك الرجل الذي يشكو الرجل عند القوم، أنه مَطَلَهُ، فيقول رجل: مالَك عليه، فهو علي، فيقر له الذي قبله الحقّ بألف دينار، إنه لا يجوز إقراره على الحميل، ولا يقبل قولُه، ولا يكون له على الحميل شيء، إلا ما أثبت عليه بالبينة.

قال محمد بن رشد: قوله: في الذي قال: أُشهدكم أنه من بايع فلاناً فأنا حميل بما بويع به، إنه لا يلزمه الحمالة بالإِقرار من المتحمل به، مثله في المدونة، لأنه قال فيها في الذي قال لرجل: بايع فلاناً فما بايعته به من شيء، فأنا ضمين للثمن، إن الضمان يلزمه إذا أثبت ما بايعه به، إذ لا فرق بين المسألتين، وزاد غيره فيه على سبيل التفسير، وإنما يلزم من ذلك ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه، ولا اختلاف في ذلك

عندي ولا في المسألة التي أدخلها عليها بقوله: وكذلك الرجل يشكو الرجل عند القوم، وقد مطله إلى الغرماء. وقد كان ممن أدركناه من الشيوخ، يذهب في هاتين المسألتين مخالفتان لما يدل عليه قوله في المدونة للذي يقول: لي على فلان ألفُ درهم، فيقول له رجل: أنا لك بها كفيل، فيجيء فلان، فينكر أنه لا شيء على الكفيل، إلا أن يقيم البينة على حقه، لأن الذي عليه الحقّ قد جحده، دليل على أنه لو أقر ولم يجحده للزم الحميل الحمالة، وليس ذلك عندي بصحيح، إلا أن المسألتين مفترقتان، وإذا قال الرجل: لي على فلان ألفُ دينار، فقال له رجل: أنا لك بها كفيل، أُلزم الكفيل غرمها إذا أقر بها المطلوب، قولاً واحداً. وإذا قال الرجل: لي على فلان حق، فقال له رجل: أنا لك بها كفيل، فقال المطلوب: له علي ألف دينار، لم يلزم الكفيل غرم ألف بالكفالة، إلا أن يثبتها على المطلوب بالبينة قولاً واحداً، بمنزلة من قال لرجل: أنا ضامن لما بايعت به فلاناً، وأنا ضامن لما بويع به فلان، وإنما اختلف إذا قال لرجل: أنا كفيل لفلان بألف دينار له على فلان، على ثلاثة أقوال: أحدها إنه يلزمه غرمها بالكفالة، وإن أنكر المطلوب أن يكون له عليه شيء، وهو قول ابن القاسم في أول عبد ابتاعه من سماع يحيى بعد هذا، ومثله في كتاب ابن سحنون من سؤال ابن حبيب، قال في المدعي عليه يُنكر الدين ويُقرُّ الحميل به إنه يضمن ذلك ويؤديه، فإن كانت للمدعي بينة، فهل يقيمها ليطلب الغريم قبل الحميل، حتى يعوزه طلب الغريم؟ فقال: لا، وإنما يؤخذ الحميل من مثل هذا، فله أخذ الضامن بحقه عاجلاً، ثم للضامن أن يقوم بتلك البينة على الغريم بما ضمن عنه. والقول الثاني: إنه لا يلزمه غرمها إذا كان منكراً، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه. والقول الثالث: إنه يلزمه غرمها وإن كان هكذا، إذا كان معدماً. وهذا القول يقوم من قول ابن القاسم في أول رسم من سماعه من كتاب الشهادات.

وقد مضى هناك وجهه وتحصيل القول في المسألة. وبالله التوفيق.

ومن كتاب حبل حبلة

قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يشتري اللحم بدرهم من الجزار، ويعطيه به حميلاً، فيغرم الحميل الدرهم إلى الجزار، هل يجوز له أن يأخذ بصاحبه بذلك الدرهم شيئاً من الطعام قال لا بأس به.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الحميل لم يدفع طعاماً، إنما دفع درهماً، فجاز له أن يأخذ به طعاماً، ولو أراد الجزار أن يأخذ بذلك الدرهم من الحميل طعاماً

لم يجز، لأنه دفع طعاماً، فلا يجوز له أن يأخذ منه إلا ما كان يجوز له أن يأخذه من الذي أحاله حسبما يأتي القول عليه في سماع أصبغ بعد هذا إن شاء الله.

وقد زدنا هذا بيانا في أول سماع أصبغ من كتاب السلم والآجال لتكرر المسألة هناك. والله الموفق.

ومن كتاب الرهون

وقال في رجل هلك وعليه دين لا يُدرَى كم هو؟ وقد ترك مالا من عين وعرض، لا يدري كم هو؟ ولم يحصَّل ولم يعلم، فيقوم بعض ورثة الميت، فيقول لغرمائه: أنا أتحمل لك بجميع دينه على أن تخلوا بيني وبين جميع ما ترك، إن ذلك لم يزل من أمر الناس المعروف إذا كان ذلك من الحميل على وجه المعروف والتماس الخير للميت ولورثته، كان الحقّ الذي يحمل به على الميت نقداً أو إلى أجل. وتفسير ذلك أن يكون أمر الحميل والذي يجمع عليه، أنه إن كان فيما ترك الميت فضلاً عن دينه. كان لجميع الورثة، ولم يكن للحميل من بين الورثة، وإن قصر المال عن قضاء الدين، كان على الحميل ما بقي من قضاء الدين بعد ذهاب المال خاصة، دون الورثة، فإن كان هذا وجه اصنع، ودخل به الحميل في الحمالة، لم يكن به بأس، وإن كان إنما تحمل بالدين على أن يكون له ما فضل من المال بعد وفاء الدين خاصة، دون الورثة، لم يصلح، لأنه غرر، يحمل على أن يكون ضامناً بما نقص المال عن وفاء الدين، على أن يكون له ما زاد المال، فصار ذلك بيعاً من البيوع، يحله ما يحل البيع، ويحرمه ما يحرم البيع، أو يكون يريد أن يأخذ تركة الميت على أن يضرب له أجلاً مستأخراً، فيأخذ قليلاً على أن يعطي أكثر منه إلى أجل، في ذلك ذهَبٌ وورِقٌ بأشياء غير مسماة ولا معلومة من تركة الميت، فيدخل في ذلك غرر عظيم، وبيع ما لا يحل بيعه متفاضلاً إلا مثلاً بمثل، ويداً بيد، ولا إلى أجل. ولا يرى ابن القاسم به بأساً، إن كان وارثا واحداً، لا وارث له غيره، إن ذلك لا بأس به، كذلك قال مالك.

قال محمد بن رشد: رأيت لابن دحون في هذه المسألة، أنه قال فيها: إنما جازت هذه المسألة على المسامحة، وبما جرت به عادة الناس، وأصلها ألا تجوز، لما فيها من المجهول. وقد تكررت في كتاب المديان، في رسم أخذ يشرب من سماع ابن القاسم. وفي رسم البيوع من سماع أشهب مضى الكلام عليها هناك مستوفى. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في قوم كانت بينهم نائرة فخرج رجل منهم، فقال له رجل من الناس: أنا

أضمن لك عقل جرحك هذا، وانطلق فرجع إليه بعد ذلك فقال: لا أضمن لك شيئاً، فقال: ذلك له لازم، إذا كان على وجه الحمالة والإِصلاح بين الناس، وكان صاحب الجرح قد قبل ذلك منه ورضي به، وإنما ذلك في الخطإ مما فيه دية أو عمد، اصطلحوا فيه على يديه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، إن ذلك لازم له، يريد في الحياة والموت، كان على وجه الحمالة وإصلاح، وكان صاحب الحقّ قد قبل ذلك ورضي به، والجرح خطأ مما فيه دية، أو عمد اصطلحوا فيه على دية. وإنما شرط في لزوم الحمالة رضاء صاحب الجرح بما دل عليه مَساق اللفظ، من أنه إنما تحمل له بعقل الجرح عنهم، على أن يترك طلبه قبلهم، ولو كان هذا من التزامه الحمالة على غير هذا الوجه، مثل أن يقول في مغيبها شهدكم أني ضامن لفلان عقل جرحه، وتلزمه الحمالة وإن كان لم يقل قد قبلت ورضيت، إذا كان الجرح أيضاً خطأً أو عمداً اصطلحوا على دية، ومعنى ذلك في العمد، إذا كان الجرح ليس له عقل مسمى وإنما فيه القصاص، وأما لو كان مماله عقل مسمى، كفقيء العين، وقطع اليد، وجذْع الأنف، وما أشبه ذلك، للزمت لما في ذلك الكفالة بدية العمد المعلومة في ذلك، ولم يكن له رجوع بها على الجاني، إذ لا يلزمه إلا برضاه، وكذلك لو ضمن رجل عن رجل مال حقّ عن جنايته على الناس، للزمه، قال ذلك أصبغ، حكى ابن حبيب عنه في الرجل يكون له الولد الفاسق المتعسف على الناس بالقتل وأخذ المال، فيأخذه في ذلك، ويريد عقوبته، فيقول له: لست بعائد إلى ذلك، وأنا أعطيك حملاً يتحملون، كما اجترمته من قتل أو حدّ أو أخذ مال، فذلك عليهم، فيفعل، أرى ذلك لهم، ويؤخذون بكل ما يؤخذ به، إلا أنهم لا يقتلون بمن قتل. وفي قوله: إنهم يؤخذون بكل ما يؤخذ به، إلا أنهم لا يقتلون بمن قتل، إشكال فيحتمل أن يريد بذلك، أنه يؤخذ بكل ما اجترم من المال، ولا يؤخذ بالقتل ولا بالجراح، ويحتمل أنهم يؤخذون بالذمة بالقتل، ولا يقتلون، وكذلك الجراح، وهو الأظهر، فيكون المجنى عليه بالخيار، بين أن يقتص منه، أو يأخذ الدية منهم بالضمان الذي التزموه، لأنه ترك عقوبته التي لعلها كانت تَرْدَعُهُ بسبب ضمانهم. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الرجل يتحمل عن ابنه لامرأته بصداقها، والرجل الأجنبي، يتحمل بمثل ذلك عن الأجنبي، فيغيب الزوج قبل أن يبتني بالمرأة، فيطلب أهل المرأة أخذ

الصداق من الحميل. قال ابن القاسم: إن كانت غيبته قريبة الأيام اليسيرة، وما أشبه ذلك، الذي ليس فيه ضرر، وبعث في الزوج وأتى به، فإن جاء فأعطاها الصداق، وإلا أخذ الحميل، وإن كانت غيبته بعيدة، أو لا يدري أين هو؟ ولا يعرف موضعه، أخذ لها من الحميل الصداق، ولم يضرب له أجل في ذلك، وإن جاء الزوج فطلق، رجع عليها بنصف الصداق، وهو إذ لم يعرف موضعه بمنزلة المفقود، لإن امرأة المفقود يتعجل صداقها وإن لم يكن دخل بها، لأن مالكاً قال في امرأة المفقود، شيء هو لها واجب، فإن جاء الزوج فطلق، رجع بالنصف، وإلا فهو حق، لها، قال: أن طلبوا من الحميل بالصداق في مسألتك النفقة، فليس ذلك لهم عليك. وقد قال مالك في امرأة المفقود إن قدم زوجها وقد تزوجت: لم يرجع عليها بشيء، ولم يكن بنى بها وبه يأخذ عيسى، وليس من رواية عيسى. وفي رواية سحنون. قلت لابن القاسم: الرجل يُفقدُ قبل دخوله بأهله، فيفرق بينهما بعد الاستقصاء، وتُعطى صداقها كاملاً، ثم تتزوج، فيأتيها زوجها قال: يرجع عليها بنصف صداقها.

قال محمد بن رشد: قوله في الحميل بالمال إذا غاب المتحمِّلُ به: إنه يتلوم له في الغيبة القريبة الأيام، يريد اليومين والثلاثة، خلاف ما في سماع يحيى بعد هذا في رسم المكاتب، من أن الحميل بالمال لا يؤجل ولا يؤخر، وهو كالغريم بعينه، ولا اختلاف في هذا على اختلافهم في الحميل، هل يكون الطالب مخيراً فيه وفي الغريم، يتبع أيهما شاء؟ وإن كان الغريم ملياً، أو لا يكون له على الحميل سبيل، إلا في عدم الغريم أو مغيبه، فرواية عيسى هذه على ما اختاره ابن القاسم من قولي مالك ورواية يحيى على قول مالك الأول إن الذي له الحقّ مخير في الغريم والحميل، يتبع أيهما شاء في اليسر والعدم، والغيب والحضور. وأما الحميل بالوجه، فإنه يتلوم له إذا حل الأجل. قال في المدونة. اليوم ونحوه. قال في كتاب ابن المواز. اليوم واليومين قال في سماع يحيى بعد هذا: اليوم واليومين والثلاثة. وفي كتاب محمد بن المواز لابن وهب في حميل الوجه إذا غاب الغريم، إنه يقضي عليه بالغرم، ولا يضرب له أجل يطلبه، وهو بعيد، لأن الحميل بالوجه، يبدأ بإحضار الغريم، مَليًا كان أو معدماً، والحميل بالمال، لا يبرأ بإحضار الغريم معدماً. واختلف، هل يبرأُ بإحضاره ملياً؟ فعلى هذا الاختلاف يأتي الاختلاف في التلوم له الأيام اليسيرة، حسبما ذكرناه. وأما قوله: إن الحميل بالصداق يؤخذ بجميعه إذا غاب الزوج قبل البناء فهو صحيح، على قياس القول بأن المرأة يجب لها بالفقد جميع الصداق، ويسقط نصفه، إلا نصف الصداق ألا يقضي على الحميل إذا

غاب الزوج قبل البناء إلا بنصفه، ويأتي على قياس القول بأن الصداق يجب على الزوج جميعه بالعقد وجوبا غير مستقر، فيستقر لها نصفه بالطلاق، وجميعه بالموت والدخول ألا يقضي على الحميل بشيء من الصداق إذا غاب الزوج قبل الدخول، حتى يأتي، فيطلق فيقضي عليه بالنصف، ويدخل فيقضي عليه بالجميع، وهو قول ابن الماجشون في امرأة المفقود قبل البناء، إنها لا يقضي لها بشيء من الصداق حتى يأتي وقت، لو قدم الأول، لم يكن له إليها سبيل، وهو أن يتزوج ويدخل بها الزوج، أو لا يدخل، على اختلاف قول مالك في المدونة. وقيل: إنه لا يقضي لها إلا بنصفه، فإن بلغ من السنين مالا يحيى إلى مثلها، أو ثبتت وفاته ما بينه وبين أن تبين منه بالدخول أو التزويج، على الاختلاف المعلوم في ذلك، قضى له ببقيته. حكى هذا القول سحنون وابن الجلاب. والمشهور في المذهب قول ابن القاسم. وروايته عن مالك، أنه يقضي له بجميعه. واختلف قول ابن القاسم إن جاء زوجها بعد أن تتزوج ويدخل بها زوجها. ولا يدخل على اختلاف قول مالك في ذلك، فمرة قال: إنه لا يرجع عليها، لأنها قد انتظرته وضيق عليها، واعتدَّتْ منه، ومنعها النكاح، وهو قوله في رواية عيسى عنه. ومرةً قال: إنه يرجع عليها، وهو الصحيح في النظر والقياس. وظاهر قوله في هذه الرواية إذا كان لها الصداق كاملاً، فهو يعجل لها: إنه يعجل لها وان لم يحل أجله، مثل قول أصبغ في الواضحة إن كالئها يحل، وهو الذي يدل عليه قول مالك في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب طلاق السنة، فإذا مضى لامرأته أربع سنين، وأربعة أشهر وعشر، أعطيت صداقها إن كان له قبله من حقها أن تأخذ صداقها إن كان حالا قبل ضرب الأجل وقبل العدة، لأنه دين من الديون، يحكم لها به دون تلوم إذا غاب غيبة بعيدة، وإن عرف حياته.

وقد مضى القول في هذه المسألة مستوفى في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب طلاق السنة، وفي سماع سحنون من كتاب النكاح. وبالله التوفيق.

من كتاب القطعان

وقال ابن القاسم في رجل، كان له على رجل عشرة دنانير، فيأتيه يتقاضاه، فقضاها إياه، فذهب بها يرى وجوهها أو يزنُها فألفاها قبيحة الوجه، أو ناقصة الوزن، فجاءه بها، فقال له: إنما أخذتها من فلان، فاذهب إليه بها، فإنه سيُبدِّ لها فانطلق بها، فوقعت منه بالطريق، فذهبت قال: إن كان قبضها منه ثم دفعها إليه فقال: اذهب بها إلى فلان ليبد لها لك، فضاعت، فمصيبتها من الذي عليه الحق، وإن كان لم يقبضها منه، فمصيبتها

من الذي وقع منه.

قال محمد بن رشد: لم ير أن تنتقل الدنانير من ذمة المقتضي لها من حقه إلى أمانته، بقول الدافع لها: اذهب إلى فلان ليُبدِّ لها لك، حتى يأخذها منه، ثم يردها إليه مرسلاً له بها. ومثله من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات، وفي كتاب السلم الأول من المدونة في الذي يسلم الثوب في طعام يحرقه رجل في يديه قبل أن يقبضه المسلم إليه، لأنه قال فيه: إن كان إنما تركه وديعة في يديه بعدما دفعه إليه، فأرى قيمته على من أحرقه والمسلم على حالة. وعلى هذا يأتي قوله في كتاب القراض من المدونة، يضيع منه بعضه، فيخبر بذلك ربّ المال، فيقول: اعمل بما بقي في يديك قراضاً، إنه على القراض الأول، وإن حضر المال وحاسبه، ما لم يدفعه إليه، ثم يرده عليه قراضاً مستأنفاً، خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مالك، وربيعة، ومطرف، وابن الماجشون، والليث، وجماعة من أصحاب مالك، إلا ابن القاسم، فإنه كان يشدِّدُ فيه ويقول: هو على القراض الأول حتى يدفعه إليه ثم يرده عليه، فيأتي على قوله في مسألتنا: إن الدنانير تنتقل من ذمة المقتضي لها إذا أحضرها بقول الدافع لها: اذهب بها إلى فلان، فإنه سيبدلها يأخذ منه في ذمته على حالها فتكون مصيبتها منه، وإن قامت بينة على تلفها، وتكون على حالها في يديه كالرهن، لا يضمنها إن قامت بينة على تلفها. والظاهر من المدونة أنها تبقى في ذمته على حالها، والأشبه على مذهبه في السلعة المحبوسة بالثمن، أنها تكون كالرهن في يديه، لأنها تشبهها، إذ قد التزم له أخذها على أن يعوضه منها، فيتخرج على هذا في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها إنها تنتقل إلى أمانته، فيصدق في تلفها، وهو الذي يأتي على ما حكاه ابن حبيب عن من ذكرناه والثاني إنها تبقى على حالها، فتكون مصيبتها منه، وإن قامت بينة على تلفها، والظاهر أيضاً من هذه الرواية. والثالث الفرق بين أن تقوم بينة على تلفها، أو يدعي ذلك، ولا يعرف إلا بقوله، وهو الذي يأتي على القول بأن السلعة المحبوسة بالثمن كالرهن. وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع شاة

وسألته عن نصراني سلف نصرانياً خمراً أو خنازير، وتحمل له نصراني بالخمر والخنازير، فأسلم الحميل، وأعدم الذي عليه الحق، قال: فليس على الحميل الذي أسلم شيء، ويتبع النصراني غرِيمه النصراني. قال ابن القاسم: وكل حمالة كان أصل شرائها حراماً فليس على المتحمل مما تحمل شيء.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى القول عليها مستوفى في أول رسم العرية فلا وجه لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت عن الرجل كان للرجل عليه صك بخمسين ديناراً، فتحمَّل عنه رجل بخمسة وعشرين ديناراً منها، ثم فُلس الغريم ببيع ماله، فلم يأخذا المحتمل له بالخمسة والعشرين ديناراً من الخمسين التي له على المفلس إلا بثلاثين ديناراً، لم يطرأ من المحاصة غيرها. هل على الحميل العشرون كلها أو نصف العشرين؟ أو تكون الثلاثون التي تقاضا بين الحمالة وبين الذي له من غير الحمالة؟ قال ابن القاسم: تكون الثلاثون التي تقاضيا بين الحميل وبين الغريم، ولا تكون على الحميل من العشرين الباقية إلا عشرة دنانير، ويتبع صاحب الحقّ الغريم المفلس. وقال سحنون في الحمالة مثل قول ابن القاسم سواء.

محمد بن أحمد:- مذهب أصبغ أن على الحميل العشرين الباقية، وهو قول ابن الماجشون، وابن كنانة، قالاه في الرجل يتزوج امرأة بمائة دينار، تأخذ منه حميلاً بخمسين، فيطلقها قبل الدخول، إن لها أن تأخذ الحميل بالخمسين الواجبة لها قبل الزوج، خلاف قول ابن القاسم: إنها ترجع على الزوج بخمسة وعشرين ديناراً، ولا فرق بين المسألتين على القول بأن الصداق يجب جميعه بالعقد، وأما على القول بأنه لا يجب بالعقد إلا نصف الصداق إن طلق قبل الدخول، يجب على الحميل جميع الخمسين، قولاً واحداً. ووجه ما ذهبوا إليه، أن المتحمل له، يقول: إنما أخذته وثيقة من حقي، مخافة، ألا أجد عند الغريم وفاء منه.

وقد مضى هذا المعنى والقول عليه مستوفى في سماع سحنون من كتاب النكاح، وفي رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس. فقف على المسألة في الموضعين. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجلين يشتريان السلعة من الرجل، ويكتب عليهما صكاً أنه يأخذ حاضرهما بغائبهما وحيِّهما بميّتهما، وأيهما شاء أخذ بحقه، فتحمل عنهما رجل بجميع ذلك الحق، فيؤخذ الحقّ من الحميل، هل يكون للحميل أن يأخذ أيهما شاء، بجميع ما أدى عنهما كما كان لصاحب الحق، وليس له على كل واحد منهما إلا ما ينوبه من الحق؟ قال: للحميل أن يأخذ أيهما بالحق كله، وذلك أنه لو تحمل للغريم بما على أحدهما،

كان للغريم أن يتبع الحميل بالحق كله، لأن له أن يتبع أحدهما بالمال كله بما عليه من المال، وبالحمالة، فكذلك يتبعه الحميل بما ضمن للغريم، وبما كان يتبع الغريم، لو لم يتحمل بهما جميعاً حميل واحد، فالحميل بمثابة الغريم فيما يتبع.

محمد بن رشد: قوله وذلك أنه لو تحمل للغريم بما على أحدهما، كان للغريم أن يتبع الحقّ كله، معناه: إذا عرف الحميل ما على كل واحد منهما من الشرط، وسائر المسألة بينة لا وجه للقول فيها، سوى ما ذكرناه من الاختلاف في إعمال الشرط، بأن يأخذ من شاء منهما بجميع حقه، في رسم نقدها قبل هذا فلا معنى لإِعادته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وقال في رجلين لهما على رجل مائة إردَبّ فتقاضا أحدهما حصته بغير إذن صاحبه، فعلم به، فأتاهُ، فقال له: هبني إياها وأنا أضمن لك الخمسين التي بقيت لك، إن ذلك لا يحل، ولو كان يضمن له خمساً وعشرين إردباً قدر ما كان يصيبه مما كان قبض، لم يكن بذلك بأس.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة في رسم البيع والصرف من أول سماع أصبغ من كتاب السلم والآجال، بزيادة من قول أصبغ وافق فيها ابن القاسم على قوله: ولو كان يضمن خمسة وعشرين قدر ما كان يصيبه مما قبض، لم يكن بذلك بأس، وفي ذلك من قولهما اعتراض بيّن قد ذكرناه، وبيناه هناك. فلا وجه لإِعادته. والله الموفق.

ومن كتاب الرهون

قال عيسى سئل ابن القاسم عن الراجل يبتاع الرأس والدابة فيتحمل له رجل بالسرقة، أو بعيب مسمّىً، مما يخشى المبتاع أن يكون فيما ابتاع، ثم يظهرُ المبتاع بعد ذلك من السلعة على عيب غير الذي تحمل به، أيلزمه الحميل؟ قال. لا يلزم الحميل شيء من ذلك، إلا ما تحمل به من العيوب بعينها وَسُمِّيت.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا إشكال فيه، إذ لا يلزم أحداً سوى ما التزم وبالله التوفيق اللهم لطفك.

من نوازل سئل عنها عيسى

وسئل عيسى بن دينار عن الحميل ينكر الحمالة، والمتحمل عنه غائب، فيصالحه المتحمل لِرضاهُ بالصلح، قال: بل يرجع فيأخذ ما نقص من حقه، ويدفع المتحمل عنه

إلى الحميل ما صالح به عن نفسه.

قال محمد بن رشد: حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون، أنه لا يرجع عليه ببقية حقه، إلا بعد يمينه بالله أنه ما صالح الحميل رضىً بالصلح من جميع حقه، إلا أن يكون أشهد أنه إنما يصالح الحميل لإنكاره الحمالة، وأنه على حقه على الغريم، فلا يكون عليه يمين، واليمين يمين تهمة، فيجري الأمر في ذلك على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، إلا أن يحقق عليه الغريم الدعوى فيحلف قولاً واحداً. وبالله التوفيق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الصبرة

قال يحيى: قال ابن القاسم في الرجل يطلب الرجل في حقّ له، فذهب معه إلى غريم المطلوب، فيقول: خذ من هذا حقك ويأمره بالدافع إليه، فيقضيه إياه، فنقصت بعض حقه، أو لا يقضيه شيئاً فيريد أن يرجع على الأول يلزمه ببقية حقه، إن ذلك له، وليس هذا نحو الحول اللازم لمن احتال بحقه، لأنه يقول لم أحتل عليه بشيء، وإنما أردت أن أكفيك التقاضي وأخفف عنك مؤنة التلوم ولم أترك من حقي عليك، وإنما وجه القول اللازم أن يقول: أُحيلك على هذا بحقك، وأبرأُ بذلك إليك بما تطلبني به، ولا رجوع عليه بحقه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأنَّ الحوالة بيعٌ من البيوع، ينتقل الدين بها عن ذمة المُحيل، إلى ذمة المحال عليه، فلا يكون ذلك إلا بيقين، وهو التصريح بلفظ الحوالة وما ينوب منابه، مثل أن يقول له: خذ من هذا حقك، وأنا برئ من دينك وما أشبه ذلك. وقد قال بعض الشيوخ: ولو قال له: اتبع فلاناً بحقك على، كانت حوالة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " وَمن اتَّبع عَلَى [(١)] مَليء فَلْيَتْبَعْ " قال: فلما أتى بلفظٍ يشبه النص، كان ذلك حوالة، إذا كان ذلك على المحال عليه، وليس ذلك بِبَيِّن، وإنما

(١) أخرجه البخاري (٥٨١٩)، وأخرجه مسلم (٣٣٢٨)، وأخرجه الترمذي (٢٦٦١)، وأخرجه أبو داود (٤٤٧٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٩٢٣٧٤)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٦٦٩٤)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٤١٨٦)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٠٥٦٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٨١٥)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣٠٧٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٩٥١١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٧١٢٣)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٢١٩).

البيّن في ذلك أن يقول له: قد اتبعتك على فلان، وأما إذا قال له: اتبع فلانا، فيخرج ذلك على قولين، ذكرتهما في آخر أول رسم من سماع أشهب، من كتاب جامع البيوع. وهذا الأمر هل يحمل على الإيجاب عليه أم لا؟ اختلف في ذلك قول مالك. وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

قال وسألتُ عن الحميل بالوجه إذا غاب المتحمل عنه وحل الأجل، كم ترى أن يؤجله السلطان في طلب صاحبه؟ قال. إن كانت غيبة المتحمل عنه قريبة، اليوم واليومين والثلاثة، ونحو ذلك، مما لا يضر ذلك بالمتحمل له، وعلى قدر ما يرى الإمام من الحمل عليه في قدره، ونحوه مما لا يضربه فيه بطالب الحق، وإن كانت غيبة المطلوب ببلد لا يرتجى قدومه منه إلى اليوم واليومين والثلاثة، ونحو ذلك، لم يؤجل الحميل قليلاً ولا كثيراً، وأعدى عليه بالحق الذي وجب على المتحمل عنه قلت: فإذا أعدى على الحميل، فأراد الحميل أن يباع له مال المتحمل عنه، أترى أن يباع، أو يُستأنا به؟ قال: إن كان ببلد بعيد على مسيرة العشر ليالي ونحوها، لم ينتظر، ويبيع ماله، فقضى الغريم منه، وإن كانت على مسيرة اليوم واليومين ونحو ذلك، انتظر حتى يعذر إليه بكتاب ليقدم، فيبرأ أو سن له بحقه، ليباع ماله، ويقضي به دينه. قال: والحميل بالمال إذا حل الأجل لم يؤجل، ولم يؤخر إلا برضى صاحب الحقّ هو في ذلك كالغريم بعينه.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الحميل بالوجه إذا غاب المتحمل به وحل الأجل، إن السلطان يؤجله في طلب صاحبه اليوم واليومين والثلاثة، خلاف ما في المدونة من أنه يؤجل اليوم ونحوه. وقوله: إن الحميل بالمال إذا حل الأجل لا يؤجله ولا يؤخر إلا برضى صاحب الحق.

وقد مضى القول على ذلك كله هنالك، فلا معنى لإعادته. وأما قوله: إن الحميل بالوجه إذا غرم المال في غيبة المتحمل عنه به، فسأل أن يباع به مال الغريم، إنه لا يباع له، دون أن يعذر إليه إلا في الغيبة البعيدة العشرة ليال أو نحوها، فهو صحيح، لأنه حكم على غائب، والغائب لا يحكم عليه إلا بعد الإعذار إليه. وقد مضى تحصيل الحكم في الغائب في رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية، فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن رجل قال لرجل: أُحيلك على غريمي هذا بعشرة دنانير، فيقبض ذلك منه، ثم إن المحيل أتى القابض فقال:اقضني ما تقاضيت من غريمي، فإني إنما كنت أسلفتكما سلفا، وقال القابض: إنما أحلتني بحق كان لي عليك، فقد قبضت حقي. وإحالتك إياي إقرار منك بحقي، وليست له بينة على أصل الحق، قال: أرى المتقاضي غريماً للعشرة، وأراها كالسلف عليه، ولا حقّ له على الحميل، إلا أن تكون له بينة على أصل الحق، فأما إحالته إياهُ، فليس هو عندي إقرار، بل هو بذلك مُسلف، وأرى للقابض أُجرة التقاضي إن كان ذلك شيئاً له أُجرة.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المتقاضي غارم للعشرة، معناه، بعد يمين المحيل، وقوله: وأراها كالسلف عليه، معناه. وأراها كالسلف الذي يتقاران جميعا عليه، لأنه يستحقه بيمينه قبله. وفي قوله: وأرى للقابض أجرة مثله نظر، إذ لم يدع الأجرة، وإنما زعم أنه قبض حقه الواجب له، وكذلك لو قال الحميل: إنما أحيلك بها، لتكفيني مؤنة تقاضيها، لكان القول قوله أيضاً على ما حكاه ابن حبيب، ولكانت له أُجرة التقاضي إن كان شيئاً له أجرة، وكان ممن يعمل هذا بالأجرة. وقوله في هذه المسألة على قياس قوله في آخر كتاب المديان من المدونة في الذي يقول للرجل: ادفع إلى فلانٍ عني ألف دينار، فيدفعها إليه ثم يريد أخذها من الآمر، فيقول: كانت لي عليك ديْناً، إن القول قول المأمور، لأنه أَخرج الدينار من عنده، فالقول قوله. إنها له، حتى يثبت أنها كانت عليه ديناً للآمر. يريد: إلا ألا يشبه ما يقول، مثل أن يعلم من فقره، وكونه غريماً للآمر، ما لا يشك أنه يكسب هذا القدر.

وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون في مسألة الكتاب هذه، أن ذلك على ما يشبه، فإن كان من أحلته يشبه أن يكون له عليك مثل ذلك، فهو مصدق مع يمينه، وإن كان لا يشبه، فهو كوكيلك، فيكون القول قولك مع يمينك. وحكي عن أشهب أن الحميل مصدق، أشبه قوله أو لم يشبه، وإنما معناه: إن القول قوله إذا أشبه قول المحال، أو لم يشبه، فلا اختلاف إذا أشبه قول أحدهما ولم يشبه قول الآخر، إن القول قول من أتى منهما بما يشبه، وإنما الاختلاف إذا أتيا جميعا بما يشبه، أو بما لا يشبه، فقال ابن القاسم وأشهب: القول قول المحيل، وقال ابن الماجشون: القول قول المحال القابض، وهو على القول المعروف من مذهب أشهب أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقربه على نفسه، لأنه يقول: لم أقبض إلا حقي الواجب لي، خلاف قوله وقول ابن القاسم

في هذه المسألة. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

قال: وقال ابن القاسم في الرجل يتحمل عن الرجل بعرض من العُروض: الطعام والحيوان، وغير ذلك، فيقضى على الحميل بالغرم، إنه إن اشترى للطالب العرض الذي تحمل له به، غرم المتحمل عنه الثمن الذي اشترى به العرض الذي أَدَّى عنه بالغاً ما بلغ. قال: وإن أدى عنه ثمناً من دنانير أو دراهم، خُير المتحمل عنه، إن شاء غرم ما غرم عنه، وإن شاء غرم العرض الذي كان عليه. قال: ولو كان غرم عنه مثل العرض الذي كان عليه من عند نفسه، لم يشتره، فإن كان مما يُكال أو يوزن، مما يوكل أو يشرب، أو غير ما يوكل أو يشرب، غرم مثيله ذلك أو وزنه من صنفه، وإن كان الذي عليه عرض من العروض، فغرم عنه من عنده مثله، غرم لذلك، أو وزنه أيضاً مثل ذلك، وإن كان غرم عنه عرضاً مخالفاً للعرض الذي كان تحمل به عنه، خُير المطلوب، فإن شاء غرم قيمة العرض الذي غرم عنه يوم أخرجه الحميل، وإن شاء غرم مثل العرض الذي كان وجب عليه فقط.

قال محمد بن رشد: أما إذا اشترى الكفيل العرض الذي تحمل به للطالب، فلا اختلاف أعرفه في أنه يرجع على المطلوب بالثمن الذي اشتراهُ به، ما لم يحاب البائع، فلا يرجع عليه بالزيادة على القيمة. فقوله في هذه الرواية: بالغاً ما بلغ، معناه ما لم يكن أكثر من القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله في البيوع، لأنه لما تكفل عنه بأمره، فكأنه وكيل له على الشراء، إذ قد علم أنه سيطلب بما تحمل به عنه، ويحتاج إلى ابتياعه، وأما إن أدى عنه في العروض دنانير أو دراهم أو عرضاً مخالفاً له، وكان تحمل عنه بدنانير، فأدى عنه دراهم، أو بدرهم، فأدى عنه دنانير، أو تمراً فأدى عنه قمحاً. ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها إن ذلك لا يجوز، والثاني إن ذلك جائز، والثالث إن ذلك جائز فيما تجوز فيه النسيئة في المبايعة، وغير جائز فيما لا تجوز فيه النسيئة في المبايعة، وهو أن يؤدي عنه دنانير من دراهم، أو دراهم من دنانير، أو تمراً من قمح، أو قمحاً من تمر، وما أشبه ذلك، فعلى القول إن ذلك لا يجوز، يفسخ القضاء ويرجع على الطالب بما دفع إليه. واختلف على القول بأن ذلك جائز بما يرجع الكفيل على المطلوب المتحمل عنه، فقيل: يرجع عليه بما تحمل به عنه، وقيل: يخير المتحمل عنه، فإن شاء غرم ما غرم عنه، وإن شاء غرم الذي كان عليه، وهذا معنى قول مالك في كتاب المديان من المدونة: إنه لا يربح في السلف، والقولان في كتاب الكفالة من

المدونة. فهذا تحصيل القول في هذه المسألة وقد مضى هذا له في رسم العرية من سماع عيسى من هذا الكتاب، وفي أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف. وكذلك اختلف في المأمور يقضي خلاف ما أمر به على هذين القولين، وقد فرق بين الكفيل والمأمور في ذلك. فقيل إن الكفيل يرجع بما أدى وإن المأمور يرجع بما كان للطالب عليه. واختلف إذا أدى عنه من عنده مثل العرض الذي كان عليه، فقال في هذه الرواية: إنه يرجع عليه بمثله، وهو مذهبه في المدونة، والمشهور في المذهب، وقال في سماع أبي زيد: إن المطلوب مُخَيَرٌ، إن شاء دفع إليه مثل ما غرم عنه. وإن شاء دفع إليه قيمته. وقال في الواضحة: لا يغرم له إلَّا قيمته؛ ولا اختلاف إذا أَدَّى عنه عروضاً عن دنانير، والبلد يتبايع فيه بالدينار في أن ذلك جائز، لأن ذلك يرجع إلى التخيير بين القليل والكثير، وليس في ذلك اختلاف أعراض أنه يؤدي إلى الأقل، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: أولُ عبد ابتاعُه فهو حرّ

قال وسألته عن الرجل يقر للرجل أنه تحمل له بما على غريم له، فأنكر الذي زعم أنه تحمل عنه أن يكون للطالب قبله حق، أو أن يكون المقر بالحمالة تحمل عنه بشيء، فقال: يغرم المقر لصاحب الحقّ ما أقر له مِمَّا زعم أنه عمل به عن المطلوب، ثم لا يُعدى الحميل الغريم على المطلوب إلا أن يقيم عليه البينة أن ذلك الحقّ عليه للطالب.

قلت: أرأيت إن أقر بالحق أو أنكر أن يكون تحمل المقر بالحمالة عنه بشيء؟ فقال: يغرم المطلوب ما أقر به، ولا سبيل إلى الحميل حتى لا يوجد للغريم وفاءٌ بما عليه، فإن لم يكن عنده وفاء، غرم الحميل ما أقر أنه تحمل به، وأُعدِي على الغريم يطلبه بما أدَّى عنه.

قلت له: ولِمَ يُعدى عليه، ولم يقر له أنه تحمل عنه بشيء؟

قال: ألا ترى أنه لو لم يغرم عنه شيئاً فأحاله عليه صاحب الحق، جاز له أن يطلبه بذلك الحق، ولو أنه قال لصاحب الحقّ ولم يكن تحمل عنه بشيء: أقضيك عن فلان، وأنا أطلبه بهذا الحق، كان ذلك له، فلا حجة للمطلوب إذا أعدي عليه المقر بالحمالة الغارم بالإقرار، في أن يقول: لا يُعدى علي ولم يتحمل عني بشيء، إذا أوصل إلى صاحب الحقّ حقَّه، من قبل أن المقر له بالحمالة أعدي على الغريم بما أدى عنه، كما كان يُعدى عليه ولو أدَّى عنه بغير حمالة.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن الحميل أقر أنه يعرف الحقّ على المتحمل عنه، ولذلك ألزمه الحميل، دون أن تثبت بينة لصاحب الحقّ عليه، فقال:

يغرم المقر لصاحب الحقّ بما أقر له به مما زعم أنه تحمل به عن المطلوب، ثم لا يُعدى الحميل الغريم على المطلوب إلا أن يقيم عليه البينة أن ذلك الحقّ عليه للطالب، فليست هذه المسألة على هذا التأويل بمخالفة لما في المدونة، ولا لما مضى في رسم التمرة من سماع عيسى إلا أنها مسألة فيها اختلاف قيل: إنه لا يلزمه الغريم بإقراره بالكفالة، وإن أقر أنه يعرف الحقّ قبل المطلوب، إذا كان المطلوب منكراً، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه، وقيل: إنه يلزمه الغريم بإقراره بالكفالة، وإن كان المطلوب منكراً، إذا كان معدماً ولا يلزمه إذا كان مَلِيَاً. وهذا القول يقوم من قول ابن القاسم في أول رسم من سماعه من كتاب الشهادات، في أن شهادة الكفيل على الغريم بالدّين الذي تحمل به عنه، تجوز إن كان الغريم ملياً، ولا تجوز إن كان معدماً. فعلى قول ابن القاسم في هذه الرواية، لا يجوز شهادة الحميل بالدين على الغريم مَلِيًّا كان أو معدماً، وهو نص قول مالك في أول سماعه من كتاب الشهادات. وقد قيل: إن الحمل إن كان معدماً جازت شهادته على الغريم بالدين، وإن كان مَلِيًّا لم تجز شهادته عليه، وهو صحيح على قياس قول ابن القاسم في هذه الرواية: إن الحميل غارم، لأنه إذا أسقط عنه الغرم لعُدمه سقطت عنه التهمة في شهادته. وأما إذا قبض صاحب الحقّ من الحميل حقه بإقراره بالحمالة فلا تجوز شهادته للحميل على الغريم، لأنه قد كان مكذباً في دعواه، فإذا أشهدوا بما يصدق نفسه فيما كان ادعى وأمضى، فإن ما شهد فيه أصله، فهو شاهد لنفسه.

وقد مضى في رسم الثمرة من سماع عيسى من هذا الكتاب، وفي أول سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات في هذه المسألة زيادات، فتأملها وقف عليها.

وأما قوله: إن أقر الغريم بالحق، وأنكر أن يكون المقر بالحمالة تحمل عنه بشيء إلى آخر المسألة، فهو كله كلام بيّن لا إشكال فيه ولا التباس في شيء من معانيه إلا في قوله: ولو قال لصاحب الحقّ أقضيك عن فلان، وأنا أطلبه بهذا الحق، كان ذلك له، فإنه ليس على ظاهره، ومعناه: إذا قال له: أنا أطلبه به على وجه المعروف منه إليه في كفايته الاقتضاء منه على سبيل الشرط عليه، لأنه لم يجز في كتاب الهبات من المدونة أن يسلف الرجلِ الرجل دنانير، على أن يحيله بها على رجل آخر، كانت المنفعة للذي أسلف أو للذي أُسلف وهذا الاختلاف على اختلافهم في القراض بلفظ البيع، هل يجوز أم لا؟ لأن الحوالة بيع من البيوع، وإنما يجوز ذلك على القول بجوازه إذا لم يرد بذلك ضرره وسجنوا. قاله في المديان من المدونة وغيره من الكتب وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن الرجل يتحمل له الرجل عن غريمه بماله عليه إلى أجل، فلما حل الأجل، أراد صاحب الحقّ أن يأخذ الحميل بما له على الغريم. وقال الحميل للغريم: أنا كنت تحملت لك إلى الأجل، فلما حل الأجل، لقيت صاحبك فاقتضيته بعض حقك، وأنظرته بما أحببت، فإنظارك إياه، يُبريني من الحمالة، قال: لا براءة له حتى يصل إلى صاحب الحقّ آخر حقه، ولا يضره إنظاره إياه، وإنما هو مرفق أدخله الطالب على الغريم والحميلَ، فليس إحسانه حجة يسقط بها ما وجب على الحميل.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم الأقضية من سماع أشهب، فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتحمل بوجه رجل إلى أجل، فيموت المتحمل عنه قبل الأجل أو بعده، قال: إن كان حاضراً أو مات في الحضر، فلا شيء على الحميل، وإن كان غائباً فمات نظر، فإن كان بموضع لو كلفه أتى به في الأجل أو بعده بشيء، لم يكن على الحميل غرم، وإن كان بموضع لو كلفه لم يأت به إلا بعد الأجل بكثرة فأراه ضامناً.

محمد بن أحمد هذه المسألة قد مضى القول عليها مستوفى في رسم سلف ديناراً من سماع عيسى لتكرر الرواية هناك، فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

وسئل سحنون عن رجل يدعي قبل رجل دابة، فقال له رجل آخر أَنا ضامنٌ لك ما جاء في هذه الدابة، فحل عنه فأُخرجت الدابة إلى الداعي يوماً آخر فماتت فقال هو ضامنٌ لها إن أثبتها المدعي عند القاضي وقضى له بها.

قال محمد بن رشد: أصبغ يقول في هذه المسألة: إنه لا يضمن في الموت، وهو الأظهر، لأن المعنى المقصود في ضمانها ما يخشى من أن يكون الذي هي بيده بعينها، أو يهرب بها، فترك ما يجب له من توقيفها بما أظهره من الشبهة فيها، إلا أن يثبتها بالضمان الذي ضمنه له، فالأظهر لا يضمن له إلا المعنى الذي ظهر أنه قصده. ووجه قول سحنون، اتباع عموم ظاهر اللفظ، إذ لا يحصر حالاً من حال، ومن هذا المعنى ما تقدم القول عليه في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرهن في ضمان الرهن للمرتهن، فهو أصل قد اختلف فيه قول مالك، حسبما بيناه هناك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فالرجل يتحمل عن الرجل، فإذا حلَّ الأجل، قام الغريم على الحميل، إن المتحمل عنه عديم، ويقول الحميل: بل غريمك مليء على من كشف مال الغريم، فقال: إذا لم يعرف له مال ظاهر، فإن الحميل ما يحمل عنه، إلا أن يكشف لمن تحمل له مال الغريم، فلا يكون له عليه حينئذ شيء.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا لم يعرف له مال ظاهر، فإن الحميل غارم، يدل على أنه محمول على العدم، وأن على الحميل إقامة البينة على ملائه، وإلا غرم ومما يقوي هذا من مذهبه قوله الذي حكيناه عنه في رسم الثمرة من سماع عيسى في الكفيل يقر بالحمالة وينكر الذي عليه الحقّ يضمن، ولا يكلف الطالب أن يثبت الدين قبل المطلوب، إن كانت له بينة ليطلب الغريم قبل الحميل عاجلاً، ثم يقوم هو بالبينة على الغريم، ليرجع عليه بما غرم، وفي رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب النكاح، ما يدل على أنه محمول على الملإ، وأن على المتحمل له إقامة البينة أنه عديم، لأنه قال فيه: إنه لا شيء على الحميل حتى لا يوجد للغريم مال. وقول سحنون أظهر لقول النبي عليه السلام " الزّعيمُ غَارِمٌ [(١)] " لأنه يجب بظاهر هذا القول حتى يثبت ما يسقط ذلك عنه من ملإ الغريم، ولأنه قد روي عن مالك، بدليل هذا الحديث إن للطالب أخذ الكفيل بالغريم، وإن كان المطلوب المتحمل به ملياً، والأظهر قوله الثاني الذي اختاره ابن القاسم، لأنه لا يؤخذ الحميل إلا في عدم الغريم، لأنا إن قضينا على الحميل بالغرم، والغريم مالي، وجب أن يقضى للحميل في الحين بالغرم على الغريم، فالقضاء للطالب على الغريم أولى، وأقل عناءً، ووجه رواية يحيى في أن الغريم محمول على الملإ وأن على الطالب إقامة البينة على عدمه، هو الإجماع على أن الدين لم يسقط عن ذمة الغريم بالكفالة، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث جابر للذي ادعى الدين الذي يحمل به عن الميت، " الآن بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ [(٢)] ". فإذا لم يسقط الدين عن

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٩٨)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢١٧٠٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٣٨)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢١١)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٣٣٨)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥٣٨).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٢٤١)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٨٣)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧١٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٤٧)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢١٣)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥٣٦).

ذمته بالكفالة، كان هو أحقّ أن يتبع به. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون وسئل المغيرة عن رجل له على رجل دين، فأحاله على غريم له، وشرط عليه إن لم يقض أو فلس ارتجع على صاحبه. أترى هذا حولاً ثابتاً أم حمالة؟ وهل تراه أولى به من الغرماء إن فلس قبل أن يقضي؟ قال: أراهُ حولاً ثابتاً وأراهُ للطالب الذي احتال عليه، وله على صاحبه ما ضمن له من شرطه عليه، إذا فلس الذي احتال عليه، رجع على صاحبه بما اشترط عليه.

قال محمد بن رشد: قول المغيرة هذا صحيح، لا أعرف فيما أجازه من هذا الشرط في الحوالة خلافاً في المذهب، لأنه شرط لا فساد فيه، فوجب أن يجوز ويلزم، لقول النبي عليه السلام: " المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم إلاّ شَرْطاً أَحَلَّ حَرَامَاً أَوْ حَرَّم حَلَالاً "[1]. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل دفع إلى رجل ديناراً ذهباً، على أن يدفع إليه أربعين درهماً إلى شهر، ويحمل له رجل بالأربعين درهماً إلى ذلك الأجل، فلم يستفق لذلك حتى حل الأجل، فقال: يؤخذ الحميل بالأربعين درهماً الذي تحمل بها، فإن كان فيها ما يشتري به ديناراً، اشترى به ديناراً لرب الدين، ودفع إليه، ورجع الحميل بالأربعين درهماً على الذي غرمها عنه، وإن كان في الأربعين درهماً أكثر من دينار، اشترى منهما دينار بما بلغ، مثل أن يشتري بعشرين درهماً ويرجع الكفيل بعشرين على الذي غرمها عنه، وإن كانت الأربعين لا يكون فيها ما يشتري بها ديناراً لرخص الدراهم أو كثرتها، غرم الحميل الأربعين درهماً، وغرم الذي أخذ الدينار بقية تمام الدينار، واشترى الدافع الدينار ديناراً، ودفعه إليه، ورجع الذي غرم الأربعين درهماً بما غرم على صاحبه.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول رسم العرية فلا معنى لإعادته.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٦٩)، وأخرجه أبو داود (٣١٢٣)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٤٦)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٣٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٧٢)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٩٠٧)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (١١٦٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٣٥٢٠)، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى (٥١٦)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٢٥).

مسألة: من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب وأشهب

قال عبد الملك بن الحسن: سئل عبد الله بن وهب عن رجلين طلبا دابتين ذهبتا منهما، فألفيا هُما عند رجل من الناس، فأعلماه أنهما سرقتا منهما، فقال لهما الذي ألفياهما في يديه: أعطياني حميلاً بقيمتهما إلى أجل، واذهبا بالدابتيْن إلى بلدكما، فإن أقمتما لي بينة عليهما عند قاضيكما، فلا حقّ لي على حميلكما، وإن لم يثبت ذلك أخذت حميلي بالقيمة إلى ذلك الأجل، فتحمل أحد الرجلين الطالبين للذي ألفيا عنده الدابتين بقيمتهما إلى أجل، ثم انطلقا بالدابة إلى بلدهما، ليقيما عليهما البينة، فهلكتا الدابَّتيْن في أيديهما قبل أن يستحقاهما بالبينة، فأتى الذي ألفيت الدابتان عنده عند الأجل إلى الحميل أحد الرجلين، فأخذ منه القيمة التي كان يحمل بهما بأمر السلطان، أو بغير أمر السلطان، فلما ذهب أن يرجع على صاحبه الذي تحمل عنه بما غرم عنه، قال له صاحبه: ذلك أن تغرمني ثمن دابة، وأنت تعلم أنها دابتي وإني إنما طلبت من أمرها حقاً، فقال الحميل: إنما أعرف أنها دابتك، غير أنك لم تستحقها بالبينة حتى تدفع عني ما تحملت به عنك من قيمتها، وقد غرمت عنك بحمالتي قيمتها فيما يذهب مالي وإنما غرمته عنك بالأمر في ذلك. قال يرجع عليه بما غرم عنه على ما أحب أو كره، إذا كانت حمالته بأمره، لأنه قد أدخله في ذلك، وأمره بالحمالة، وقد علم أنه يثبت أو لا يثبت، ويسلم الدابتان أو لا يسلمان، ولم يثبت بها حقّ فيسقط الغرم عنهما، فهو يرجع على صاحبه بنصف الغرم، حُكْمٌ يُحكَم به عليه، شاء أو أبى. وإذا كان قد غرم ما تحمل به عنه وعن نفسه، وإن لم يكن غرم رجع المتحمل له عليهما، فأخذ من كل واحدٍ منهما النصف، إذا كانت حمالة المتحمل بإذن صاحبه المدعي معه، وأمره كما وصفت. قال أشهب: عليه أن يغرم له ما غرم عنه، إلا أن يستحق الدابتان ببينة، فيرجع المتحمل إلى الذي كانت له الدابتان في يديه فيأخذ منه قيمتها التي دفع إليه مثل قول ابن وهب.

قال محمد بن رشد: كان من أدركنا من الشيوخ يحملون قول ابن وهب وأشهب في هذه المسألة على أنه خلاف قول ابن القاسم في رسم استأذن من سماع عيسى في، في الذي يستحق من يديه العبد، وهو يعلم أنه من تلاد البائع، إنه لا رجوع له عليه بشيء من الثمن الذي دفع إليه وخلاف قول سحنون في نوازله من كتاب جامع البيوع في الذي يبتاع الأرض أو الدار من الرجال، وهو قد عرفه في يديه يحوزه ويملكه ثم يسأله أن يحوزه إياه، إن ذلك لا يلزمه، ولست أرى ذلك ولا أقول به، لأنهما إنما

أرجعا الحميل على صاحبه بما أدى عنه من أجل أنه قد التزم ضمان ذلك، لأنهما جميعاً التزما ضمان الدابتين للذي ألفياهما في يديه، وتحمل أحدهما بذلك عن صاحبه، فوجب إذا غرم عنه بالحمالة، ما هو له ضامن بالتزامه ضمانه، أن يرجع به عليه قولاً واحداً. وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ من ابن القاسم

من كتاب البيع والصرف

قال أصبغ: قال ابن القاسم في رجل باع طعاماً نقداً بدين إلى أجل، وتحمل له رجل بالدينار، فلما حل الأجل، غرمه الحامل، ثم رجع على صاحبه، فأراد أن يعطيه في ذلك طعاماً مخالفاً لذلك الطعام الذي اشترى منه أو من صنفه أكثر من كيله، قال: لا بأس بذلك كله، والحميل ها هنا بمنزلة البائع، قيل: فلو لم يكن حميلا فتطوع، فقضاهُ عن الغريم، ثم أراد أن يأخذ من المشتري ما وصفناه، قال: فلا بأس بذلك، هو بمنزلة الحميل أيضاً في ذلك، وإنما الذي كره من ذلك، أن يكون البائع الذي تحمل به عليه، فلا يجوز للمتحمل إلا ما كان يجوز للبائع أن يأخذه، لأنه بمنزلته.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إنه لا يجوز للحميل أو المتطوع بالأداء إذا أدى الدينار عن المشتري، للبائع أن يأخذ منه بديناره طعاماً مخالفاً له، أو من صنفه أكثر منه، لأنه لم يدفع طعاماً، وإنما دفع ديناراً، فجائز له أن يأخذ به طعاماً. وقوله: ليس الحميل ها هنا بمنزلة البائع، بَيِّنٌ صحيح، لأن البائع باع طعاماً، فلا يجوز له أن يأخذ من المشتري طعاماً، لأنه يدخله الاقتضاء من ثمن الطعام طعاماً، فيتهمان على أنهما عمِلا على بيع طعام بطعام إلى أجل. وقوله: وإنما الذي كره من ذلك أن يكون البائع الذي تحمل به عليه، معناه: وإنما الذي كره من ذلك أن يكون البائع للطعام بالدينار، تحمل رجلاً له عليه دينار به، فيأخذ منه به طعاماً، وذلك صحيح على ما قاله، لأن المحيل يُنزَلُ في الدين الذي أحيل به منزلة من أحاله، ومنزلته في الدين الذي أحيل به فيما يجوز له أن يأخذ له منه، وفيما يريد أن يتبعه من غيره، فلا يجوز له أن يأخذ منه إلا ما كان يجوز للذي أحاله أن يأخذه منه، وما كان يجوز له هو أن يأخذهُ من الدين الذي أحيل به. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: وسألت ابن القاسم، وسئل عن الرجل يشتري من الرجل السلعة على

أن يتحمل للبائع رجل على أنه إن مات الحميل قبل ذلك، فلا حقّ له على ورثته، أو مات صاحبه قبل، فلا حمالة له على الحميل والورثة، قال: هذا حرام، فإن وقع وفاتت السلعة ردت إلى القيمة، والحمالة ساقطة عن الحميل، على كل حال. قال أصبغ: أرى جوابه هذا على عجلة وغير علم بالمسألة، وأنه أجاب جواب غيرها مما سبق إليه ظنه به، وليس بالمسألة بأس، والبيع عليهما، لأن الشرط ليس للمشتري، وإنما هو للحميل، والحق ثابت بحاله للغريم، ليس فيه شرط، فيكون فيه غرور، ومعناه: وإنما شرط الحميل لنفسه كما لو تحمل على غير بيع، ولا اشترى منهما بدين قد كان على المحيل قبل ذلك ثابتاً بعوضٍ أو بغيره، واشترط الحميل لنفسه هذا الشرط، لم يكن به بأس، فذلك هو بالبيع والاشتراء، إذا كان الثمن المشتري ثابتاً مؤجلاً وللحميل شرطُهُ، وإنما ذلك بمنزلة ما لو احتمل مهر امرأة إن تم الدخول بها فعليه، وإن ماتا قبل ذلك أو طلقها فلا احتمال عليه، وهو على الزوج ثابت. أو تحمَّل على إن أعطاني فلان وثيقة قبل أن يموت، وإلا فلا حمالة لكم علي، أو تحمَّل إلى قدوم فلان، فإن قدم، أو إلى أجلٍ على إن قدم قبل الأجل فلا حمالة عليه، فهذا كله وما أشبهه، جائز ولا مُغاررة فيه من الحميل والبائع، ولا في البيع والاشتراء، لأن الثمن ثابت على المشتري، وإنما الذي يفسد ويحرم، أن لو اشترط المشتري إن مات قبل الأجل، فلا تباعة عليه، وإن مات صاحب الحقّ فلا تباعة له ولا لورثته، والثمن مقدر، أو اشترط الحميل لنفسه وللمشتري جميعاً، فيكون أفسد وأشهد وإلا فلا بأس به إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قول: الرجل يشتري من الرجل السلعة على أن يتحمل للبائع رجل، يريد: بالثمن الذي اشتراها به إلى أجل. وقوله: على أنه إن مات قبل ذلك، يريد: قبل الأجل الذي اشترى إليه السلعة. وقوله. أو مات صاحبه قبل، يريد. أو مات المتحمل به المشتري قبل الأجل أيضاً، والحمالة على هذا الشرط جائزة إن كان بعد عقد البيع، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، فيما حكاه ابن حبيب. واختلف إن كانت مشترطة في أصل عقد البيع على أربعة أقوال: أحدهما قول ابن القاسم هذا: إن البيع فاسد، والحمالة ساقطة والثاني قول أصبغ: إن البيع جائز، والحمالة لازمة، وهو قوله: والمسألة ليس بها بأس والبيع عليهما، يريد: الشرطين والثالث إن البيع جائز، والحمالة ساقطة والرابع إن البيع فاسد والحمالة لازمة، والاختلاف في هذه المسألة كالاختلاف في البيع على رهن فاسد، على حسب ما قد ذكرناه في أول سماع أصبغ من كتاب الرهون. وقال بعض أهل النظر: إن قول ابن القاسم في هذه المسألة مخالف لأصله في

المدونة في إجازة اشتراط الرهن الغرر، كالثمرة التي لم يبدُ صلاحها في أصل البيع، وليس ذلك عندي بصحيح، لافتراق المسألتين، فإن الغرر في الثمرة لا صنع لهما فيه والغرر في الحمالة إنما كان بقصدهما له، واشتراطهما إياه، ولوكان الرهن إنما الغرر فيه بما اشترطاه، لجاز ارتهانه بعد عقد البيع قولاً واحداً، ويتخرج في اشتراطه في عقد البيع أربعة أقوال، حسبما قد ذكرناه في أول سماع أصبغ، من كتاب الرهن.

وهذه المسألة من غريب المسائل على مذهب ابن القاسم، لأنه لا تجوز الحمالة إذا انفردت عن البيع ويبطلها ويفسد البيع إذا اشترط في أصله، وفرق أشهب في رواية البرقي عنه بين الرهن والحمالة الصحيحين في أصل البيع الفاسد، فأبطل الحمالة وجعل الرهن رهناً بالثمن من الثمن أو القيمة، وابن القاسم يبطل الرهن والحمالة في أحد أقاويله، على ما مضى من اختلاف قوله في رسم العرية من سماع عيسى. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل يحمل عن رجل، فقال الذي عليه الحقّ للحميل: بعني سلعتك اقضها فلاناً أو أبيعها فاقضها فلاناً، فتسقط عنك الحمالة، قال: ما أراهُ يحل ولا يعجبني، لأني أخاف أن يكون من وجه الدين بالدين، ووجه من وجوه الربا.

قال محمد بن رشد: المكروه في هذه المسألة بين، لأن المعنى فيها أنه اشترى منه السلعة إلى أجل بأكثر من قيمتها نقداً على أن يقبضها غريمه فيما كان له عليه من الدين الذي كان تحمل به عنه، إن كان قضى السلعة بعينها عنه، ولم يبعها، وإن كان باعها فقضاه الثمن، صار كأن الحميل قضى عنه عشرة، إن كان باع السلعة في التمثيل بعشرة، على أن يأخذ من المشتري خمسة عشر إلى أجل إن كان باعها منه في التمثيل بخمسة عشر إلى أجله، فدخله سلف خمسة في خمسة عشر إلى أجل بذلك الدينار بعينه. ووجهٌ من وجوه الدين بالدين كما قال، لأن الحميل كأنه دفع إلى المتحمل له، عشرة دنانير، على أن يأخذ بها عن المتحمل عنه خمسة عشرة إلى أجل، وذلك من المكروه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب القضاء العاشر من البيوع

قال أصبغ: وسألته عن رجل باع من رجل عبداً بنظرة، فأحال بها عليه رجلاً فأقر بها المشتري الذي أُحيل بها عليه، ثم ردّ العبد من عيب كان به. قال: إن كان أحاله بدين كان له عليه، لزم المتحمل عليه غرم ذلك للمحال، وإن كان أصله منه، أو هبة

وهبها لآخر لم يلزمه غرم شيءٍ إذا لم يكن دفعها، وإن هو دفعها إليه، لم ينتفع بها الموهوب له أو المتصدق عليه والموصول بها، ولم يتبع بها إلا البائع الذي باعه الرأس، ولم يكن له على المدفوع إليه قليل ولا كثير، وإنما دفعه إياها بمنزلة ما لو قبضها البائع، ثم تصدق بها على أحد، أو وهبها له، لأنه يوم فعل ذلك لم يكن عليه دين يرد به صدقته ولا هبته، وإنما هو قضاء حادث. وفي سماع أبي زيد بن أبي الغمر عن ابن القاسم مثله.

قال محمد بن رشد: قوله فيمن باع عبداً بنظرة فأحال غريماً على المشتري بالثمن، فرد بعيب: إنه يلزمه أن يدفع الثمن إلى المحال، ويرد به على البائع المحيل، وهو مثل قوله في كتاب الحوالة من المدونة: إنه إذا استحق العبد على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع، فدخل فيه قول أشهب، فلا يلزمه على مذهبه أن يدفع الثمن إلى المحال، وإن كان قد دفعه إليه قبضه منه أو فات عنده على مذهبه، مضى له، ورجع المشتري بالثمن على البائع، وقيل: لا يلزمه أن يدفعه إليه، فإن دفعه إليه، كان له أن يرجع به عليه، وإن فاته من يده، وإن شاء رجع على البائع، لأن البيع قد كشف أنه أحاله بما لم يملك، وأما على القول بأنه ابتداء بيع، فيلزمه أن يدفع إلى المحال الثمن قولاً واحداً. والله أعلم.

وكذلك يختلف إذا وهب الثمن أو تصدق به ثم استحق العبد أو رُد بعيب على هذه أربعة أقوال: أحدها إن هبته والصدقة به، تفوت له، ويلزم المبتاع أن يدفعه إلى المتصدق عليه، أو الموهوب له، ويرجع به على البائع الواهب. روى ذلك عيسى عن ابن القاسم في المدونة قال: ذلك إذا كان قد جمع بينهُ وبينه، فأقر له، وهو قول بعض الرواة في النكاح الثاني من المدونة. وفي المرأة تهب لرجل صداقها على زوجها قبل الدخول، فيطلقها، إنه يلزمه أن يدفع جميعه إلى الموهوب له، ويرجع بنصفه على المرأة. والثاني إنه لا يفوت إلا بالقبض، فإن لم يدفعه المشتري، كان له أن يمسكه، وإن كان قد دفعه لم يكن له أخذه، ورجع على البائع به. والثالث إنه لا يفوت إلا باستهلاك الموهوب له بعد القبض، فإن كان لم يدفعه كان له أن يمسكه وإن كان قد دفعه إليه، كان له أن يأخذه منه ما لم يفوته بأكل أو استهلاك، فإن فوته بذلك، مضى له ورجع المشتري به على البائع الواهب. والرابع إن الهبة والصدقة لا تصح للموهوب له والمتصدق عليه في حال من الأحوال، لأن الغيب كشف أنه وهب أو تصدق بما لم يملك، وإن كان قد دفعه باستهلاكه، رجع المبتاع على البائع، ورجع البائع على

المتصدق عليه والموهوب له. حكاه محمد بن المواز عن ابن القاسم في المرأة تأخذ الصداق من زوجها تتصدق به، فيطلقها قبل الدخول، إنه يرجع عليها بنصف الصداق، وترجع هي به على المتصدق عليه، لأنها تصدقت عليه بما لم يصح لها ملكه. وفي المسألة قول خامس، وهو إن كان البائع الواهب عديماً، كان للمشتري أن يمسكه إن كان لم يدفعه، وإن كان مَليًّا لزمه أن يدفعه إلى الموهوب له، ويتبع به الواهب، وهو قول ابن القاسم في النكاح الثاني من المدونة، وفي المرأة تهب الصداق الذي لها على زوجها فيطلقها قبل الدخول.

هذا تحصيل الخلاف في هذه المسألة، والذي يوجبه النظر والقياس فيها أن يكون هذا الاختلاف في الرد بالعيب على القول بأنه بيع مبتدأٌ، وفي الطلاق قبل الدخول على القول بأن المرأة يجب لها جميع الصداق بالعقد، ولا يجوز الهبة ولا الصدقة في الاستحقاق ولا في الرد بالعيب على القول بأنه نقض بيع، ولا في الطلاق، لأنه لا يجب للمرأة بالعقد إلا نصف الصداق، فيأتي جواب ابن القاسم في مسألة هبة الزوجة صداقها قبل الدخول، على القول بأن المرأة لا يجب لها بالعقد من الصداق إلا نصفه. وجواب بعض الرواة على أنها يجب لها بالعقد جميعه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب محض القضاء

وسئل أصبغ عن الرجل يقول للرجل: تَحَمَّلْ عني لفلان، ولك دينار. قال: لا خير فيه، كأنه أعطاهُ ديناراً على أن يضمن عنه عشرة، فلا يجوز.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، لان الحمالات بالجعل حرام. وقوله: وكأنه أعطاه ديناراً على أن يضمن عنه عشرة، ليس بكلام مستقيم، إذ ليس بشبيهٍ له، وإنما هو ذلك بعينه فكان صواب الكلام أن يقول: لا خير فيه، لأنه أعطاه ديناراً على أن يضمن عنه عشرة، أو يقول: لأنه كأنه أعطاه ديناراً على أن يسلفه عشرة دنانير، يؤديها عنه إلى غريمه، ويتبعه بها إن طلب بالحمالة، وقد يطلبه بها، وقد لا يطلب، فهو ربى بيِّنٌ، وغرر ظاهر، وذلك حرام لا يجوز، فإن وقع ذلك، ردّ الدينار، وبطلت الحمالة، وإن كانت في أصل العقد، وكذلك إذا أعطاه الجعل المتحمل عنه، بعلم المتحمل له، وأما إن أعطاه المتحمل عنه بغير علم الطالب المتحمل له، فيرد الجعل، وثبتت الحمالة.

وقد مضى هذا المعنى في أول رسم سماع ابن القاسم، وفي أول سماع أشهب، فقف على ذلك في الموضعين. والله الموفق.

مسألة:

وسئل أبو زيد، عن رجل كان له على رجل مائة دينار إليّ أجل، فقال له صاحب الحق: أعطني بمالي عليك حميلاً إلى الأجل، وأنا أضع عنك منها عشرة، ففعل ذلك، فأعطاه حميلاً بما لَه عليه إلى أجله، على أن يضع عنه عشرة دنانير، قال: لا بأس بذلك، قلت: أرأيت لو قال له: أعطني بمالي عليك رهناً أو حميلاً إلى أجل. وهذه عشرة دنانير، فخذها مني، فأعطاه رهناً أو حميلاً وأخذ منه عشرة دنانير نقداً ليس مقاصة، ولا وضيعة مما له عليه. قال: وهذا أيضاً مثله لا بأس به.

قال محمد بن رشد: لم يذكر في بعض الروايات أبا زيد، فدل على أن المسؤول أصبغ. وإجازة من أجاز منهما أن يضع الرجل على الرجل بعض ماله عليه من الحقّ على أن يعطيه بالبقية رهناً أو حميلاً، أو يعطيه دنانيرَ على أن يعطيه بحقه رهناً أو كفيلاً، خلاف ما في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون، وخلاف ما في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب السلم والآجال، وإجازةُ ذلك على ما في هذه الرواية عن أصبغ وأبي زيد أظهر، ووجه الكراهية فيه عند مالك وابن القاسم، أن المعطي للدنانير أعطاه عوضاً عما لا يعلم قدر الانتفاع به من الرهن، أو الحميل، إذ لا منفعة للمرتهن في الرهن إلا أن يقوم الغرماء على الرهن، وهو لا يدري هل يقومون عليه أم لا؟ ويكون قدر انتفاعه به إن قام عليه الغرماء، لأن كل ما كثر عليه الديون، كثر انتفاعه بالرهن، فدخله الغرر، والحميل أبين من الغرر. وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها أصبغ

وسئل أصبغ عن الرجل يشتري من البكر أو المولَّى عليه، ويتخذ عليهما حميلاً بما لزمه من قبله أو من قبلها من درك، هل يلزم الحميل حمالته إذا فسخ بيع السفيه والبكر، وإبطال الثمن عنهما بفاسدهما وأنهما لم يدخلاه في منفعة، وُيعدى عليه المشتري بالثمن كما اشترط في حمالته؟ وكيف إن لم يذكر حمالته وقال: إنما نشتري منك على أنك ضامن لما أدركني من قبله؟ قال أصبغ: الحمالة لازمة، ولا تسقط عنه، لأنه ليس فيها حرام يسقط به، إنما ضمن ما دفع إلى السفيه، فهو كرافعه إليه، ويغرم به، ويسقط عليه ولا يتبعه به، فأما ضمان ما أدرك منه فلا أراهُ شيئا لأنه لم يدركه من السفيه لما شرط، إنما أدركه به وليس منه، فلا أراهُ شيئاً، إلا أن يكون السفيه هو القائم بذلك عن نفسه، ولنفسه، حتى فسخ له شراء المشتري وإبطال ماله، بمعاملة قام بذلك عن نفسه فقضي له، أو حسنت حاله، وقام به قيام.

قال محمد بن رشد: ألزم أصبغ، من تحمل للمشتري عن البكر أو المولَّى عليه بما لزمه من قبل كل واحد منهما ما التزمه، وكذلك إذا ضمن ذلك عنهما. وفي قوله في السؤال. وكيف إن لم يذكر حمالته؟ وقال إنما أشتري منك على أنك ضامن لما أدركني من قبله، دليل على أن الحمالة عنده ألزم من الضمان في ذلك، وإن كانا عنده جميعاً لازمين فيه، والأظهر أن يكون الضمان في ذلك ألزم من الحمالة، وإن لزما جميعاً، لأن السفيه لا يرجع عليه، والحمالة تقتضي الرجوع، والضمان يحتمل الحمل الذي لا رجوع فيه، والحمالة التي فيها الرجوع، فاللفظ الذي يحتمل فيما لا رجوع فيه، ينبغي أن يكون ألزم من اللفظ، الذي لا يحتمل الحمل فيما لا رجوع فيه، وظاهر قول أصبغ إلزام الحميل الحمالة، وإن لم يعلم بسفه الذي تحمل عنه، وهو مذهب ابن القاسم، ومعنى ذلك عندي إذا لم يعلم بذلك المتحمل له أيضاً، وأما إذا علم هو ولم يعلم الحميل، فينبغي أن لا تلزمه الحمالة، لأنه قد غره، إذ لم يعلمه بسفهه، حتى يتقدم في الضمان عنه على المعرفة بأنه لا يرجع بما ضمن، وابن الماجشون يقول: إن الحمالة لا تلزم الحميل إذا لم يعلم بسفه المتحمل عنه، معناه: علم المتحمل أو لم يعلم، فالخلاف فيما بين ابن القاسم وابن الماجشون، إنما هو إذا لم يعلما جميعاً، وأما إذا لم يعلم الحميل، وعلم المتحمل له، فلا تلزمه الحمالة، قولاً واحداً، فإن علما جميعاً أو علم الحميل منهما، لزمته الحمالة قولاً واحداً. وقد رأيت لابن الماجشون، أنه إذا علم المتحمل له، فلا شيء على الحميل، علم أو لم يعلمْ، وهو بعيد أن تسقط الحمالة عن الحميل إذا تحمل به وهو يعلم بسفهه، فإن علم الحميل ولم يعلم المتحمل له، لزمته الحمالة باتفاق، وإن علم المتحمل له ولم يعلم الحميل لم تلزم الكفالة باتفاق، وإن جهلا جميعاً أو علما جميعاً لزمته الحمالة عند ابن القاسم، ولم تلزم عند ابن الماجشون، إلا في وجه واحد من الأربعة أوجه، وهو أن يعلم الحميل ولا يعلم المتحمل له، ولا تسقط عند ابن القاسم إلا في وجه واحد منهما، وهو ألا يعلم الحميل، ويعلم المتحمل له، وفي قوله في سؤال المسألة: وإبطال الثمن عنهما لفسادهما، وأنهما لم يدخلاه في منفعة، دليل بين على أن السفيه لا يبطل عنه ما أدخله في منفعته، وصرفه في وجوهه، وفي ما لا غناء له عنه، وهو نص قوله في نوازله من كتاب المديان والتفليس، خلاف ما رواه عن ابن القاسم وابن كنانة حسبما ذكرناه هناك. وتفرقة أصبغ في هذه الرواية أن يقول: أتحمل لك بما أدركك منه أو من قبله بيِّنٌ على ما تقتضيه الألفاظ، إذا عرى الأمر من بساط، يدل على الوجه الذي التزم الطلاق به

وبالله التوفيق. اللهم لطفك.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد: سئل ابن القاسم عن الذي يتحمل بوجه الرجل إلى أجل، فإن لم يأت به إليه، فالمال عليه، فلا يأتي به إلى الأجل، ويأتي به من الغد، إن الحميل ضامن للمال، حين لم يأت به يوم الأجل.

قال محمد بن رشد: إعمالُ ابن القاسم هذا الشرط في رواية أبي زيد عنه، خلاف أصله المعلوم من قوله، وروايته عن مالك في مسألة كتاب بيع الخيار من المدونة في الذي يبيع السلعة من رجل، على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام، فإن غابت الشمس من آخر الثلاثة الأيام، ولم يأت بها، لزمه البيع، إنه بيع مكروه، لاشتراطه فيه ما يوجب الحكمُ خلافَه، ولم يتكلم في المدونة على حكم البيع إذا وقع على هذا الشرط. وقد اختلف في ذلك، فقيل. يفسخ البيع، وهو دليل ما في كتاب ابن المواز من أنه بيع فاسد، وقيل: يبطل الشرط ويجوز البيع، على قياس قوله: إن لم يأت بالثمن إلى كذا وكذا، فلا بيع بينهما، فقول ابن القاسم في هذه الرواية، يأتي على قياس قول أشهب. في أن البيع يلزم المشتري بمغيب الشمس من آخر أيام الخيار، والذي يأتي على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، إن كان الحميل بهذا الشرط بعد عقد البيع أن يبطل الشرط ويتلوم الحميل إن حل الأجل، ولم يأت بالغريم، حسبما مضى من الاختلاف في ذلك في رسم الجواب من سماع عيسى، ورسم المكاتب من سماع يحيى. وقد قيل: إن المال يلزمه إذا مضى بعد الأجل قدر ما يتلوم له فيه الثلاثة الأيام. فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال. أحدها إن المال يلزمه بمضي الأجل كما شرط، والثاني إن المال يلزمه بمضي قدر التلوم، والثالث إن المال لا يلزمه إلا بالحكم بعد التلوم، كما إذا تحمل بالوجه ولم يشترط شيئاً أو دون تلوم، على ما حكاه ابن المواز عن ابن القاسم عن ابن وهب، من أن الحميل بالوجه لا يؤجل إذا حل الأجل وغاب الغريم، وإن كان في عقد البيع فسد البيع على الاختلاف الذي ذكرته في أول رسم من سماع أصبغ في الحمالة الفاسدة المشترطة في أصل البيع. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل عليه دين، وله مال غائب، يعلم غرماؤه ذلك، فقالوا: أعطنا حميلاً حتى يقدم مالك، قال: ليس ذلك لهم، إلا أن يخافوا عليه أن يموت أو يغيب عنهم.

قال محمد بن رشد: كان ابن عتاب يضعف هذه الرواية ويقول: إنها رواية ضعيفة،

خارجة عن الأصول، كالتي فوقها، وككثير مما روي. والصواب أنه يلزمه حميل بالمال، إذا سأل أن يؤخر بما عليه حتى يأتي به، فرأى ذلك القاضي بوجه النظر والاجتهاد.

وكان الفقهاء بطليطلة يتفقون فيمن عليه، دين، فسأل أن يؤخر به حتى ينظر فيه وهو وافر الحال، معلوم بالجِدة واليسار والمال المأمون، فؤُجّل في ذلك، أنه لا يلزمه جميل إلا بوجهه، بدليل هذه الرواية، وهو لعمري دليل ظاهر، وإلى هذا ذهب ابن مالك فقال: إذا كان المطلوب معروف العين مشهوراً ظاهر الملا بَيّنَ الوفر، فلا يؤخذ منه حميل، لأن معنى الحميل، إنما هو الوثق بالطَّلب بحميل، هو واثق من مطلوبه، فإذا كان مطلوبه ثقة، فلا معنى للحميل، إذ لو أتاهُ بحميل ملي بماله، وإن لم تكن حاله في الملا كحال المطلوب، لقبل منه، فبان بذلك أنه لا معنى للحميل في ذلك. قال: وإنما كان سحنون يرى على قاتل الخطأ، الحميل، لتشهد البينة على عينه في رجل غير مشهور. هذا معناه عندنا، فعلى ما ذهب إليه ابن مالك، إذا لم يكن مشهور العين، وهو ظاهر الملا والوفر، لزمه حميل بوجهه على ما كان يفتي به فقهاء طليطلة دون تفصيل، فقول ابن مالك هو الصحيح في المسألة، وتضعيف ابن عتاب الرواية صواب، لأن مال المطلوب غائب على ما ذكره فيها، فوجب أن يؤخذ منه حميل بالمال، بخلاف إذا كان ماله حاضراً ووفره ظاهراً من الأُصول وغير ذلك، فها هنا يحسن قول ابن مالك، وما كان يفتي به الفقهاء بطليطلة، وهو قول سحنون، كتب إليه في رجل بعث معه بمال، فتعدى فيه، فأنفقه، ثم اعترف به عند الحاكم، وقال: هذا ربعي أبيعه، فيعرضه، فلا يجد من يشتريه، فطلب منه الطالب حميلاً بوجهه. فهل ذلك عليه؟ وهل يحبس إن لم يجد حميلاً؟ فكتب، لا حميل على هذا ولا حبس، إذا بذل من نفسه هذا، ولم يتهم، وإنما يحبس المفلس، فيتهم أن يخفي مالاً. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل اشترى من رجل دابة وثوباً إلى أجل، وتحملت أنا بالبيع، فحل الأجل، والغريم غائب، فقام المشتري، قال: إن غرم الحميل ثوباً مثله، ودابة مثلها من عنده بغير شراء يشتريه، فالذي عليه الحق، مخيَّرٌ، إن شاء أعطاه قيمة ثوبه، أوقيمة دابته، بدابة مثل دابته، أو ثوب مثل ثوبه. وإن اشترى الثوب أو الدابة، كان على الذي عليه الحقّ ذلك الثمن، ولو أعطاه الحميل من ثوب حماراً أو من حمار ثوباً، كان الذي عليه الحقّ مخيراً إن شاء قيمة ما دفع، أو يدفع إلى الحميل مثل الذي تحمل به عنه، ثوباً

كان أو دابة.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة ها هنا في بعض الروايات وقد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم الأقضية من سماع يحيى فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل اشترى من رجل سلعة بعشرة دنانير إلى شهر، على أن تحمل له بها رجل، فلما حل الأجل، أداها الحميل من ماله، ثم جحد أن يكون أخذ شيئاً، فرجع على الحميل، فأخذها ثانياً. قال: إن كان دفع العشرة الأول أو الآخرة بحضرة الغريم بعشرين، وإن كان دفع بغير حضرته، فليس له عليه إلا عشرة.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى القول فيها مستوفى في رسم أوصى لمكاتبه من سماع عيسى، فلا معنى لِإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن ضمن قمحاً لرجل على أخ له إلى أجل، فلما حل الأجل، لزم الذي ضمن القمح، فجاء الذي عليه القمح فقال: إن فلاناً لزمني بذلك القمح، فدفع إليه الغريم دنانير، وقال: اذهب، اشتر له بها قمحاً، فاقضه، فقال الذي ضمن ذلك القمح: عندي قمح، وأنا أبيعك عشرة أراديب بدينار، وادفع إليه القمح، فقال: لا يحل للذي له القمح أن يقبضه من الذي ضمن حتى يكلفه للذي عليه الحق، حتى يصير ضمانه منه، ثم يقبضه منه بعد، قال: وأحب إليّ أن يوكِّل الذي عليه الحقّ من يقبضه من الذي ضمن، ثم يوفيه إياه، فإن وكل الذي ضمن، فأرجو أن يكون خفيفاً وضعفه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في رسم نقدها من سماع عيسى فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في أربعة نفر، تحملوا لرجلٍ عن رجل بأربع مائة دنانير، وبعضهم حملاً عن بعض، فحل الأجل، وثلاثة منهم غيب، والرابع حاضر، فأغرمه صاحب الحق، مائتين، ثم جاء أحد الثلاثة الغيب، فقال: يغرم للذي أدى المائتين، ستة وستين ديناراً وثلثي دينار. قيل له: فإن لم يقدم أحد الغائبين الآخرين كيف يرجع عليه؟ قال: يغرم أربعة وأربعين ديناراً، أو أربعة أتساع الدينار، فيكون بين الذي غرم أولاً وبين الذي جاء الثاني نصفين سواء، اثنين وعشرين دينار وتُسعي دينار لكل واحد.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على قياس قول غير ابن القاسم في المدونة في مسألة الستة كفلاً وعلى ما في كتاب محمد بن المواز من أن الحملا في صفقةٍ واحدة على أن بعضهم حميل عن بعض، إذا أخذ أحدهم ما ينوبه من جملة ما تحملوا به فأقل، لم يكن له به رجوع على أصحابه، وإنما يرجع من وجد منهم بما يجب عليه مما أخذ منه زائد على ما ينوب به من جملة ما تحملوا به.

وبيان ذلك في هذه المسألة بعينها، أن الغريم الذي تحمل له الأربعة كفلا بأربع مائة دنانير، وكل واحد منهم حميل عن أصحابه لما وجد أحدهم، فأخذ منه مائة دنانير، كانت المائة الواحدة منها هي التي تنوبه من جملة ما تحملوا به، فلا رجوع له بها على أحد، والمائة الثانية أداها عن أصحابه الكفلا الثلاثة الغيب، ثلاثة وثلاثين وثلثا ثلاثة وثلاثين، وثلثا ثلاثة وثلاثين وثلثا وثلثاً عن كل واحد منهم، فإن قدم أحدهم قام عليه الذي أدى المائتين، فقال له: قد أديت إلى الغريم مائتين! المائة الواحدة، واجبة علي لا رجوع لي بها إلا على المتحمل عنه، والمائة الثانية، أديتها بالحمالة عنك وعن صاحبيك الغائبين، ثلاثة وثلاثين وثلثا عنك، وستة وستين ديناراً وثلثي دينار عن صاحبيك الغائبين، ثلاثة وثلاثين وثلثاً وثلاثة وثلاثين وثلثاً عن كل واحد منهما، فادفع إليّ الثلاثة والثلاثين وثلثاً التي أديت عنك في خاصتك بالحمالة، ونصف ما أديت عن صاحبيك الغائبين بالحمالة، لأنك حميل معي بهما، وذلك ثلاثة وثلاثون ديناراً، وثلث دينار، لأني أديت عنهما جميعاً ستة وستين وثلثين، فيأخذ منه ستة وستين وثلثين، كما قال، وذلك بين حسبما بيناه، فإن قدم بعد ذلك الثاني من الغائبين، فقام عليه الأول الذي أدى مائتين، والثاني الذي رجع عليه الأول بستة وستين وثلثين، رجعا عليه بأربعة وأربعين، وأربعة أتساع، فاقتسماها بينهما بالسواء. وتفسير ذلك، أنهما يقولان له: أدينا عنك في خاصتك ثلاثة وثلاثين وثلثاً، فادفعها إلينا، وأدينا عن الغائب الثاني بالحمالة، ثلاثة وثلاثين وثلثاً، فعليك ثلثها، لأنك حميل، معنا به، وذلك أحد عشر وتسع، فيأخذان ذلك منه قيمة أربعة وأربعين، وأربعة أتساع بينهما كما قال، اثنين وعشرين وتُسعين لكل واحد منهما، فهذا تفسير ما ذكره من التراجع في هذه المسألة، فإن قدم بعد ذلك الغائب الرابع، فقام عليه الثلاثة الأول، الذي أدى مائتين، فرجع منهما على القادم بستة وستين وثلثين، وعلى القادم الثاني باثنين وعشرين وتُسعين حسبما وصفناه، والثاني الذي رجع عليه الأول بستة وستين وثلثين، فرجع هو منهما على القادم الثاني باثنين وعشرين وتُسعين، والثالث الذي رجع عليه الأول، والثاني بأربعة وأربعين وأربعة

أتساع فيما بينهما حسبما وصفناه، بأنهم يرجعون عليه بثلاثة وثلاثين وثلث فيما بينهم إحدى عشر وتُسع لكل واحد منهم فيستوي الأول بذلك جميع المائة التي أدى بالحمالة، لأنه رجع على الذي قدم أولاً بستة وستين وثلثين، وعلى الذي قدم ثانياً باثنين وعشرين وتُسعين، فتمت بذلك المائة، ويكون كل واحد منهما من الثلاثة الغيب، قد أدى ثلاثة وثلاثين وثلثاً كما وجب عليه من المائة التي أداها عنهم الأول، وذلك أن الأول من القادمين كان رجع عليه الأول بستة وستين وثلثين، فرجع منهما على القادم الثاني، باثنين وعشرين وتُسعين، وعلى هذا الثالث بإحدى عشر وتُسع، فتمت ثلاثة وثلاثين وثلث، نصف ما كان أدى، والثاني من القادمين كان رجع عليه الأول والثاني بأربعة وأربعين وأربعة أتساع على ما بيناه، فلما رجع منها على الثالث بأحد عشر وتُسع، كان الذي غرم ثلاثة وثلاثين وثلثا، فاستوى ثلاثتهم في الغرم، وبقي لصاحب الدين من دينه مائة دينار، فرجع بها عليهم ثلاثتهم، فيأخذ من كل واحد منهم ستة وستين ديناراً، وثلثي دينار، فيكون كل واحد منهم قد أدى مائة مائة، كما أدى الأول، وقد رجع بالمائة الثانية، فيرجع كل واحد منهم بالمائة التي أدى إلى المتحمل له على المتحمل عنه. فهذا بيان هذه المسألة وتمامها على هذا القول، وأما على القول بأن الحملا في صفقة واحدة كل واحدٍ منهم حميل على صاحبه، يرجع من أدى منهم شيئاً على أصحابه بما يجب عليهم من جميع ما أداهُ حتى يستوي معهم في الغرم، كان هو الذي ينوبه مما تحملوا به، أو أكثر أو أقل، فلا يحتاج في التراجع إلى هذا التشغيب، لأن كل ما وجد واحد منهم واحداً من أصحابه، رجع عليه حتى يساويه فيما غرم.

بيان ذلك في مسألتنا هذه: أن الأول الذي غرم مائتين، يرجع على القادم أولاً من الغيب الثلاثة بمائة، ثم إن قدم الثاني رجعا عليه بستة وستين وثلثين، فاستوى ثلاثتهم في الغرم. ثم إن قدم الثالث، رجعوا عليه بخمسين، ربع المائتين، فاقتسموها بينهم ثلاثتُهم، يجب لكل واحد منها ستة عشر وثلثان، فيكون الذي أدَّى كل واحد منهم، خمسين وخُمسين وهذا كله بين. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل يكون عليه دين يحيط بماله أو ببعضه، يتحمل بحمالة وهو يعلم أنه سيغرم، إنه لا ينفعه ذلك فيما بينه وبين الله، وهو يعلم أنه سيغرم، والحمالة أيضاً عند مالك مفسوخة لا تجوز وراءها من ناحية الصدقة، ولم يرها من ناحية البيع، وذلك أن الحمالة معروف لا شك فيه، وكل معروف صدقة.

محمد بن رشد: قد تكررت هذه المسألة بزيادة من قول أصبغ، من كتاب المديان والتفليس. ومضى القول عليها هناك فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كان له على رجل مائة إرْدبّ قمح، فلزمه بها، فقال: ليس عندي شيء أُعطيك، فجاء رجل فقال: أنا أتحمل لك بوجهه إلى غد، فقال صاحب الحق: إن لي عليه مائة إردب قمح، فقال الحميل لست أضمن لك قمحاً، ولكن أنظر إلى ثمنه كم هو؟ فإن لم أجيئك به، كان على ثمنه، مائة درهم، فتحمل له إن لم يأت بوجهه غدا، كان عليه مائة درهم، فلم يأت به للغد، قال: عليه مائة درهم، قيل له: كيف يصنع بها؟ قال: يأخذها السلطان، فيبتاع له بها قمحاً، فإن فضل شيء ردّ إلى الحميل، وإن عجز لم يكن عليه شيء، قيل له: فإنها ضاعت قبل أن يشتري بها قمحاً، ممَّن يكون؟ قال من الغريم، ويتبع الحميل الغريم الذي تحمل عنه بمائة درهم، ويطلب صاحب الحقّ أيضاً من غريمه الأول، ولا يكون له على الحميل شيء بعد.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن صاحب الحق، قنع منه بالحميل بالوجه، إذ كان من حقه أن يأخذ منه حميلاً بالقمح، لإقراره له به، والمعنى فيها أيضاً، أن الغريم سأل الحميل أن يتحمل عنه، وذلك أن مصيبته المائة درهم إن تلفت منه، ولو كان إنما تطوع له بالحمالة عنه من غير أن يسأله ذلك، لوجب أن يكون ضمان المائة منه وأخذت المائة إردب من الغريم، فيبعثْ في المائة درهم للحميل، ويكون على الذي له الحقّ ما نقص من المائة درهم، وله ما زاد. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجل كان لي عليه ثُلثا دينار، ولرجلٍ عليَّ نصف دينار، فقلت للذي له على النصف: خذ من هذا ثلثي دينار، لي عليه، أُحيل به، ويبقى لي عليك سدس دينار، قال: هذا لا خَيْرَ فيه.

قال محمد بن رشد: إنما لم يجز هذا، لأنه أحاله بنصف دينار، على أن يسلفه سدس دينار، والحوالة بيع من البيوع، لا يجوز أن يقارنها سلف، ولو أحاله عليه بنصف دينار من ثلثي الدينار الذي له عليه لجاز ذلك، لأنه أحاله من ذهب، لأن الثابت لكل واحد منهما في ذمة صاحبه ذهب، وإن راعيت ما يوجبه الحكم لكل واحد منهما جاز أيضاً، لأنه قد أحاله من دراهم في دراهم. وبالله التوفيق.

من سماع حسين بن عاصم

وسئل ابن القاسم عن رجل باع من ثلاثة نفر سلعة، واشترط عليهم أن يأخذ حيهم بميتهم، ومَليهُم بعديمهم، وأيُّهم شاء أن يأخذ بحقه أَخذه، ثم سأل أحدهم حميلاً بما عليه فأعطاه حميلاً بذلك، ولم يشترط على الحميل شيئاً، فلما تقاضاهم الحقّ قال: أتاه آخذ المحمول عليه بجميع الحق، وأراد غريم الحميل الحقّ كله، وقد فلس المحمول عنه، فقال: إنما تحملت بما ينوب هذا من المال، فعلي ثلث الحق، فقال ابن القاسم: أرى على الحميل ما على صاحبه، وذلك الحقّ كله، إذا أخذه الغريم بما شرط عليه، فما وجب على المحمول عنه، وجب على الحميل ما وجب على صاحبه المحمول عنه.

قال الفقيه القاضي وهذا كما قال: إن من حقه أن يأخذ الحميل بما كان له أن يأخذ به المتحمل عنه، وقد كان له أن يأخذ المتحمل عنه بجميع حقه بمقتضى شرطه، فإذا علم الحميل بشرطه، لزمه ما كان يلزم المتحمل عنه، ولو لم يعلم بشرطه لما لزمه إلا ثلث الحق، حظ الذي تحمل به، وهو محمول على غير العلم حتى يثبت عليه العلم، فإن أنكر أن يكون علم بالشرط ولم يقم عليه بذلك البينة، لزمته اليمين، فإن حلف لم يلزمه إلا ثلث الحق، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألت ابن القاسم عن الحميل إذا اشترط على المتحمل له، إذا لقيت صاحبك فتلك براءتي، أترى هذا براءة له إن لقيه؟ وكيف إن لقيه بموضع إن تعلق به لم يقدر عليه؟ قال ابن القاسم: أرى له شرطه هذا، وأرى هذا براءة للحميل، بشرط إن لقيه الغريم بموضع يقدر عليه، وإن لقيه بموضع لا يقدر عليه، فلا أرى له ذلك براءة.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأنه شرط لا فساد فيه ولا غرر، فوجب أن يلزم، لقول النبي عليه السلام: " الْمسْلِمونَ عَلَى شُرُوطِهِم [1] إلا شَرْطاً أَحَلَّ حَرَاماً أو

(١) أخرجه الترمذي (١٢٦٩)، وأخرجه أبو داود (٣١٢٣)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٤٦)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٣٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٧٢)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٩٠٧)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (١١٦٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٣٥٢٠)، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى (٥١٦)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٢٥).

حَرِمَ حَلالاً " ويبرأُ إذا لقيه بموضع يقدر عليه فيه، لأنه المفهوم من قوله: إذا لقيت صاحبك، فتلك براءتي، إذ لا معنى للقيه في موضع لا يقدر عليه فيه، كما لو دفعه إليه في ذلك الموضع، لم يبرأ من حمالته بدفعه إليه، ولو لم يشترط ذلك عليه، لم يبرأ بلقيه إياه، وإن لقيه في موضع يقدر عليه حتى يدفعه إليه فيه، وشهد عليه بذلك، وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم. قال: قلت له: فلو تحمل رجل برجل إلى غير أجل، أو إلى أجل، فلقي الطالب صاحبه مساء وصباحاً بعد محل الأجل، فتمر به السنتان والثلاث، لا يذكر من أمره شيئاً ولا يطلب الحميل بشيء من حمالته، فيغيب المتحمل عنه أو يموت، فيطلب صاحبه من الحميل حمالته، فقال: هو على حمالته، ولا يبريه لقي صاحب الحقّ إياه، إلا أن يشهد له بالبراءة من حمالته. وقعت هذه الرواية في بعض الروايات في هذا الكتاب متصلة بآخر سماع يحيى وفيها بيان لهذه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن رجل يتحمل بوجه الرجل، ويشترط عليه أنه ليس عليه إلا وجهه، ولا يكفل بمالٍ إن جاء عليه، وإنما عليَّ وجهه أطلبه حيث كان، فيغيب المحمول عنه، ويؤجل المحيل أجلاً بعد أجل فلا يحضر به، قال ابن القاسم: قال مالك: ليس عليه إلا وجهه أبداً، وإن أجله آجالاً كثيرة، وشَرْطُ الحميل جائز. قلت له: فإذا كانت غيبة المحمول عنه لا تُعرف، أيكلف الحميل طلبه؟ قال لا أرى ذلك، قلت: فإن قال المحمول له: أنا بموضع قد سماه، فأخرج فآتني به. قال: ينظر في ذلك للحميل، فإن كان المحمول عنه ببلد يقوى مثله على السير إليه، أُمر بذلك، قلت لابن القاسم: فإن خرج إليه فقدم، فقال: لم أجده، وقال المتحمل له: من يعلم أنك بلغت الموضع قال: إذا غاب عن موضعه قدر ما يرى أن مثله يبلغ في مثله ذلك الموضع، فأراه مصدقاً في قوله، قال ابن القاسم: وإن كان ضعيفاً عن الخروج إلى مثل ذلك الموضع الذي ذكره المحمول له، فلا أرى أن يؤمر بذلك، قلت لابن القاسم: فإن تبين أنه ببلد، وأنه لا يطلبه، قال ابن القاسم: وكيف يختبر هذا؟ إلا أن تقوم بينة أنه خرج، فأقام بقرية، فرجع ولم يتوجه إلى المحمول عنه، وما أشبه ذلك، فأرى للسلطان أن يعاقبه بالحبس في ذلك على قدر ما يرى، أو يأمره بإحضار صاحبه إن قدر عليه، فأما ضمان المال، فلا أراهُ عليه إلا أن يكون لقيه فتركه، أو غيبه في بيته وأبى أن يظهره، فإذا أثبت ذلك ببينة عدلٍ، رأيته ضامناً لما عليه إنْ لم يحضره إياه، وإرساله بعد أن أخذه حتى تلف ذلك الحق، فعليه ضمان ذلك في عنقه. قال أشهب: أراه ضامناً إذا أخذه ثم خلاه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مثل ما في المدونة وغيرها إن الحميل بالوجه، إذا اشترط ألا شيء عليه من المال، فله شرطه، ولا ضمان عليه إلا أن يغيبه أو يفوته عليه، أو يحول بينه وبينه، وما أشبه ذلك، وإنما عليه إذا غاب عن موضعه أن يذهب عنه إن كان قريباً، وليس عليه ذلك إن كان بعيداً، ولا أن يطلبه إن جهل موضعه، وقد اختلف في حدّ البعد الذي يكلف فيه الذهاب عنه، فقال في هذه الرواية: ينظر في ذلك للحميل، على قدر ما يرى أنه يقدر عليه.

وحكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم ذلك في مسيرة الأيام التي تكون من أسفار الناس، واختلاف البلدان غير النائية جداً. قال ابن حبيب: والشهرُ ونحوه من أسفار الناس كثيرٌ. وحكى عن أصبغ أنه لا يكلف الذهاب عنه إلا مسيرة اليوم واليومين، وما لا مضرة عليه فيه، واختار ابن حبيب القول الأول.

وحكى الفضل عن محمد بن عبد الحكم، أن السلطان يتلوم له، فإن جاء به وإلا حبسه حتى يأتي به. وفي كتاب ابن المواز إذا قال: لا أضمن إلا وجهه لم يلزمه ضمان المال، كما لو اشترط أنه لا شيء عليه من المال، وهذا عندي فيه نظر، إذ لا فرق بين أن يقول: أنا ضامن لوجهه، ولا يزيد على ذلك، وبين أن يقول: لا أضمن إلا وجهه، في وجوب ضمان الوجه عليه، وضمان الوجه يلزمه المال إذا لم يأت بالوجه.

والذي يوجبه النظر في ذلك عندي أن ينظر فيه إلى البساط، لأن في قوله لا أضمن إلا وجهه، دليل على أنه قصد إلى نفي ما سئل إياه، فإن كان قيل له: تضمن فلاناً أو تضمن المال عن فلان، فقال: لا أضمن إلا وجهه، لزمه ضمان المال، ولم يأت بالوجه على حكم ضمان الوجه، وإن كان قيل له: تضمن وجه فلان، فإن لم تأت به، غرمت ما عليه، فقال: لا أضمن إلا وجهه، لم يلزمه ضمان المال بحال. وبالله التوفيق.

وسمعت ابن القاسم تكلم في شيء من الحمالة فقال: إنما هي ثلاثة وجوه، وهذا الذي آخذ به لنفسي إذا قال: أنا أتحمل لك بالوجه، ليس أنا من الدين في شيء، فليس عليه إلا وجهه يطلبه أبداً، وإن قال: تحمل لي بوجهه، فإن لم تأتني به غداً فالحق عليك، فإن لم يأت به إلى قدر ما تلوم له السلطان إذ لو رفع إليه، فالحق عليه، ولو رفع إلى السلطان تلوم له اليوم واليومين والثلاثة، يطلبه بعد الأجل، قال: وإن تحمل بالوجه هكذا، ولم يأت به حتى مضى الأجل، وبعد ذلك بشهرين أو ثلاثة، أوأربعة، ثم جاء به، فليس له إلا وجهه، يعني ما لم يخاصمه، فيقضي له عليه.

قال محمد بن رشد: افتراق هذه الوجوه الثلاثة صحيح كما ذكر، غير أن لبعضها

تفسيراً وفي بعضها اختلاف، فأما الوجه الأول، وهو أن يتحمل بالوجه، ويشترط ألا شيء عليه من المال، فقد مضى تفسيره في المسألة التي قبل هذه وأما الوجه الثاني وهو أن يتحمل بوجهه إلى أجل، ويشترط وجوب المال عليه بحلول الأجل، ففيه ثلاثة أقوال، قد مضت في أول سماع أبي زيد وأما الوجه الثالث، فلا خلاف فيما ذكره فيه أعلمه. وبالله التوفيق.

تم كتاب الحوالة والكفالة بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً.

يتلوه كتاب الشركة.

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الشركة

من سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون

من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك أنه قال في رجل دعا أخاً له إلى أن يسلفه ذهباً وُيخْرِجُ مثلَها أو يشاركه فيها وَيَتّجِرَانِ جميعاً بها في موضعهما أو يسافرَانِ في ذلك، قال: إذا كان ذلك على وجه الصلة والمعروف منه إلى أخيه ولا حاجة إليه في شيء إلَّا الرفق به فلا بأس بذلك، وأما أَنْ يحتاج إليه في بصره بالبيع والاشتراء أو نفاذه في التجارة وتعلمه ونحوه فلا خير فيه، قال ابن القاسم: وقال لي مالك بعد ذلك: لا خير فيه على حال، وتفسيرُه الأول إذا كان لا يحتاج إليه في بصر ولا مرفق لم أَرَ به بأساً هو أحب إلي.

قال محمد بن رشد: قوله إذا كان ذلك منه على وجه الصلة والمعروف منه ولا حاجة له في شيء من ذلك إلَّا الرفق فلا بأس به صحيحٌ، لأنه إذا فعل ذلك لارتفاقه بمشاركته إياه في وجه من الوجوه كان سلفاً جر منفعة، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف جر نفعاً[1]، ولا اختلاف في أنه لا بأس بذلك إذا صحت نيته ولا في أنه لا يجوز ذلك إذا قصد به منفعة نفسه، فَمَرَّةً رأى مالك النية في ذلك محتملة فسأله عنها وصدقه فيها، ومرة رآها بعيدة، والأظهر منه أنه قصد منفعة نفسه بدليل سؤاله إياه الشركة فنهاه عن ذلك وقال له لأخبر فيه، ولو كان المُشَرِّكُ هو الذي سأله أن

(١) أخرجه الترمذي (١١٥١)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٧٧)، وأخرجه الدارمي (٢٤٧٩)، وأخرجه أحمد في مسنده (٦٧٤٤)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٠٢٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠٢٤)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣١٠٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٣٨٠٠)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (١٥٨١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٣٠٧٨).

يسلفه ويشاركه لوجب أن يسأل عن نيته في ذلك قولاً واحداً، وهذا كله فيما يُؤمَر به ابتداء أو ينهي عنه، وأما إذا وقع ذلك وادعى أنه قصد بسلفه منفعة نفسه ليأخذ سلفه معجلاً إن كان ضرب له أجلاً أو قيمته إن كان عرضاً فعلى القول بأنه يسأل عن نيته ابتداء وينهي عن الفعل يصدق في ذلك مع يمينه ويأخذ سلفه معجلاً، وقد مضت هذه المسألة في رسم طلق من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف فأوجزنا الكلام فيها وأرجأنا تمامَه إلى هذا الموضع وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم وقال مالك في رجلين اشتركا في مال لهما لا يستويان فيه لأحدهما مائة وللآخر خمسون، ثم إن صاحب المائة دعا صاحب الخمسين أن يسلفه نصف الخمسين التي يفضله بها حتى يستويا في الشركة قال: إذا كان ذلك كلي غير شرط عند المشاركة ولا لحاجة من المسلف الذي أسلفه في بصر ولا على شيء إلَّا الرفق فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا كان ذلك شرطاً في أصل الشركة فلا يجوز من أجل أنه إذا كان ذلك شرطاً في أصلها وذلك مثل أن يقول له لي مائة دينار فأنا أسلفك خمسة وعشرين على أن تشاركني بأن أخرج أنا الخمسة والسبعين الباقية لي وتخرج أنت مثلها بالخمسة وعشرين التي سلفتك فقد تبين أن المسلف قصد منفعة نفسه فكان ذلك سلفاً جر منفعة وكذلك لو قال ذلك بعد أن عقد الشركة معه على إن يخرج هذا مائة وهذا خمسين فيشركا فيها على الثلث والثلثين لمَا جاز أيضاً لأن الشركة من العقود الجائزة التي لا تلزم بالعقد وإنما يفترق أن يقول ذلك له في العقد أو بعده إذا قاله له على غير وجه الشرط مثل أن يقول له تعال أسلفك خمسة وعشرين فتضيفها إلى الخمسين التي لك فأخرج لنا خمسة وسبعين مثلها فنشترك فيها أو يقول ذلك له بعد أن عقد الشركة معه على أن يخرج هو مائته وهذا خمسينه فيشتركا فيها على الثلث والثلثين، لأنه إذا قال ذلك له في العقد ابتداء كان الأظهر منه أنه قصد منفعة نفسه فصدق في ذلك مع يمينه إن ادعاه حسبما مضى في المسألة التي قبلها، وإذا قال ذلك له قبل العقد كان محمولاً على أنه لم يقصد منفعة نفسه إذ قد رضي بشركته فأشبه إذا كان المشرك هو الذي سأله ذلك، ولو قال ذلك له بعد أن عقد الشركة فاشتريا بها عروضاً للتجارة على الثلث والثلثين مبلغ رُؤُوس أَمْوَالِهِمَا لكان ذلك بيعاً جائزاً وإن سمياه سلفاً لأنه باع منه سدس العروض بالخمسة وعشرين التي

سميا سلفاً. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك في رجلين اشتركا في ذهبين مختلفتين في الوزن وَصَرْفُهُمَا وَنفَاقُهُمَا في البيع مختلفة فاشتريا بها كيف يقتسمان الربح أعلى وزنهما أو على نفاقهما؟ قال: بل على وزنهما يجمع هذه في كفة وهذه في كفة ثم يقتسمان الربح على قدر ما يكون لكل واحد منهما من الوزن.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنَّ الربح بينهما على وزن ما أخرج كل واحد منهما من الذهب إذا لم يعتر على ذلك إلَّا بعد الشراء يريد بعد أن يأخذ كل واحد منهما مثل الدنانير التي أخرج، ولو عتر على ذلك قبل الشراء انفسخت الشركة بينهما وهذا في الاختلاف الكثير في النفاق مع الاستواء في الطيب، ولو كان الاختلاف في النفاق يسيراً لجازت الشركة على ما قال في المدونة إذا أخرج أحدهما دنانير هَاشِمِيَّة والآخَرُ دِمشقية، ولو وقعت الشركة على دنانير مختلفة في الطيب مثل العبادية والنصفية فلم يعتر على ذلك إلَّا بعد الشراء لاقتسماها بأيدهما على قيمة الدنانير التي أخرجها كل واحد منهما وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في رجلين اشتركا على مال مسمى من كل واحد منهما على أن ما باع أحدهما بدين فقد ضمنه معاً صاحبه فقال: أكره ذلك، لأن كل واحد منهما ما يدري ما يعيب به عنه صاحبه من الخلاف، قال سحنون قال مالك لا أرى بذلك بأساً لأن الشركة لا تكون إلَّا بالتفاوض والضمان من كل واحد منهما لصاحبه.

قال محمد بن رشد: المعنى عندي في هذه المسألة أن مالكاً لم يَرَ الرجلين إذا اشتركا في مالٍ مسمى متفاوضين فيما اشتركا فيه إلَّا أن يشتركا فيه على المفاوضة بخلاف إذا اشتركا في جميع أموالهما فَرَأى ما اشترطاه من أن ما باعه أحدهما بدين فقد ضمنه معه صاحبه غرراً لأنه ضمن هذا نصفه ما باع هذا على أن ضمن هذا نصف ما باع هذا، ورآهما سحنون متفاوضين فيما اشتركا فيه من المال وإن لن يشترطا ذلك بمنزلة إذا تشاركا في جميع أموالهما فلم يَرَ ما اشترطاه من أن ما باعه أحدهما بدين فقد ضمنه معه صاحبه غرراً، لأن الحكم يوجب ذلك عنده وإن لم يشترطاه على حكم المفاوضة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في عَبْدٍ بين رجلين أَرَادَ أَحَدُهما أن يضربه: إنَّ ذلك ليس له إلَّا أن يأذن له شريكه فإن فعل ضمن ما أصابه في ذلك أن يكون ضربه ضرباً لا يَعْنَتُ أحدٌ في مثله أو في ذلك أَدَبُه، فإن كان هذا لم يضمن، قال سحنون: أراه ضامناً ضربه ضرباً يَعْنَتُ في مثله أو لا يعنت لو لم يضربه إلاَّ ضربة واحدة لكان ضامناً له لأنه ليس هو له دون شريكه، وهو بمنزلة الرجل يعدو على عبد الرجل فيضربه ضرباً لا يعنت في مثله فيموت منه أنه ضامن.

قال محمد بن رشد: رَأَى مالكٌ شَرِكَتَه في العبد شُبهة تسقط الضمان في ضربه إياه الضرب الذي يؤدب بمثله على ما اجترم، خلاف قول سحنون، وهو أظهر، لأن أدبه هو صلاح له فهو يقول لو لم أؤدبه لفسد على فنقص مَالِي وعلى هذا اختلفوا في الأرض بين الرجلين يزرع أحدهما فيها زرعاً أو يبني فيها بنياناً هل يكون كالغاصب فيقلع الشريك زرعه وبنيانه أو لا يكون كالغاصب؟ لشبهة الشركة فيكون له الزرع وإن كان الإِبان لم يفت، ويكون عليه الكراء في نصيب شريكه ويكون له قيمة بنيانه قائماً، وقد مضى القول على هذا في أول سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ويأتي أيضاً في رسم القطعان من سماع عيسى من هذا الكتاب وفي سماع سحنون زيد من كتاب الزراعة، وعلى هذا اختلفوا في الأمة تكون بين الحر والعبد فَيُوَلِّدُهَا العبدُ هل تكون جناية يلزم سيدَه أن يفتديه بنصف قيمته أم لا؟ فقال ابن القاسم في أول سماع سحنون من كتاب الجنايات: إنها جناية تلزم سيده أن يفتديه بنصف قيمته أو يسلمه وَمَالَهُ لصاحب الجارية، وقال سحنون في نوازل من كتاب الاستبراء: إنها ليست جناية وتباع الأمة فيما لزمه من نصف قيمتها فإن لم يف بذلك اتبع بالباقي دَيْناً ثَابتاً في ذمته، ولا اختِلافَ بينهم في أن الشركة في الأمة شُبْهَةٌ يَسْقُطُ بها الحَدُّ عن الشريك إن وطئها لقول النبي عليه السلام " ادْرَؤوا الحُدُودَ بالشبهات" [(١)].

مسألة:

قال: وسئل مالك عن رجل شارك رجلاً في تجارة فجهزه بمتاع فقال له واشتر سلعة كذا بيني وبينك لشيء له غلة مثل الحانوت وما أشبهه ففعل ثم جحده أن يكون

(١) أخرجه الترمذي (١٣٤١)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٨٢٤٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧٢٦)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١٤٨٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥٦٩٠١).

أمره بذلك وزعم أنه إنما اشتراه لنفسه خالصاً من ماله فلما وجد عليه البينة أنه أمره قال فإني أشركت فيه فلاناً وفلاناً عند الاشتراء ولا يُعلم ذلك إلاَّ بقوله، قال: أَرَاهُ بينهما على ما أمره، ولا يصدق في قوله إنه أشرك فيه فلاناً وفلاناً، قال ابن القاسم: ويدخل اللذان زعم أنه أشركهما بذلك على الذي أقر لهما إن كان أقر لهما بالنصف كان لهما نصف ما في يديه وإن كان الثلث فلهما الثلث مما في يديه والذي صار لصاحبه.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة ثم جحده أن يكون أمره بذلك وزعم أنه إنما اشتراه لنفسه خالصا من ماله فلما وجد عليه البينة أنه أمره بذلك قال إني أشركت فلاناً وفلاناً دليل هو كَالنّص، إذْ لو أقر أنه أمره بذلك وقال لم أرد أن أشتري لك شيئاً فاشتريته لنفسي لم يكن ذلك له وكان معه شريكاً شاء أو أَبَى.

وقد اختلف فيمن أمر رجلاً أن يشتري له سلعة بعينها فاشتراها لنفسه على أربعة أقوال:

أحـــدها: أن القول قول المأمور إن دفع إليه الثمن بعد أن يحلف أنه إنما اشتراها لنفسه إن اتهم في ذلك وهي رواية محمد بن يحيى السبائي عن مالك.

والثاني: أن السلعة للآمر وإن لم يدفع إليه الثمن، وهي روايته عن ابن القاسم في المدنية وقول أصبغ وروايته عن ابن القاسم في الثمانية، قال: وسواء أشهد المأمور أنه إنما يشتريها لنفسه، القول الرابع الفرق بين أن يكون قد دفع إليه الثمن أو لم يدفعه إليه وإنما أمره أن يشتريها له بماله فوعده بذلك، وفي قوله ولا يصدق في قوله إنه أشرك فيه فلاناً وفلاناً دليل على أنه لو كان لفلان وفلان بينة على أنه أشركهما في ذلك لوجب أن يكونا أحقّ بالنصف، وفي ذلك اختلاف، قيل إنه لا يكون لهما إلَّا نصف النصف لأنه إنما أشركهما في ماله، وقال غيره يتخرج هذا الاختلاف على اختلافهم في دار بين رجلين باع أحدهما من أجنبي نصفها على الإشاعة، هل يقع بيعه على نصفه الذي له فينفذ عليه أو يقع على نصفه ونصف شريكه فينفذ عليه البيع في نصف نصيبه وينفسخ البيع في نصف شريكه إلَّا أن يشاء أن يجيزه، وسيأتي الكلام على هذا في رسم أول عبد ابتاعه فهو حُرٌّ من سماع يحيى من كتاب الشفعة إن شاء الله، فإذا قلنا إن الآمر أحقّ بنصف الحانوت فيخرج المُشَرَّكيْن من النصف لأنه يقول لهما أنا أشركتكما في حقي وحق غيري فليس لكما إلَّا نصف ما بقي بيدي، والثاني أنه يكون لهما جميع النصف لأنهما يقولان له أشركتنا في نصف الحانوت ولك نصفه فأَسْلِمْه إلينا، وإذا قلنا إن المُشَرَّكيْن أحقّ منه بنصف النصف الذي بيد المأمور، ويصير الحانوت بينهم أرباعاً،

ربعه للآمر وربعه للمأمور، ونصفه للمشركين. وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَاب أَوَّلُهُ سَنَّ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم

وَسُئِلَ عن رجل اشترى سلعة فسأله رجل أن يشركه، فقال قد أشركتك ولم يسم الذي اسْتشركه، فباع السلعة بنقصان، فقال الذي أشرك: إنما أشركتني بسدس أو ربع، قال: ذلك له، ويحلف إلَّا أَنْ يأتي بأمر لا يعرف كالدينار ونحوه فإن زادت السلعةُ فقال الذي أشركه إنما أشركتُكَ على الربع والسدس، قال: يحلف، وذلك به، قال مالك: إذا كان النقصانُ فالقولُ قولُ الذي أشرك وعليه اليمينُ وذلك أن الذي أشركه مدعى، وإذا كانت الزيادة فالقول قول الذي أشركه وعليه اليمين، وذلك أن الذي أشرك مدع، وذلك إذا لم يسميا وَاليمينُ عليهما يحلفان على ما ادعيا.

قال ابن القاسم: فإذا قال كلُّ واحد منهما لم أَنْو شيئاً ولم يدعياه: إنَّ السلعةَ تكون بينهما نصفين، ولو كانت السلعة قائمة فقال الذي أشركتك بالربع والسدس وذلك الذي أردت، فالقولُ قولُه وعليه اليمين، وإذا قال الذي أشرك إنما أردت الربع والسدس فالقول قوله أيضاً وعليه اليمين إذا لم يكونا بيِّنا، قال ابن القاسم وذلك أن الشركة ها هنا إنما هي بيع من البيوع، ولو أنَّ رجلاً أتى إلى رجل فقال قد بعْتَنِي نِصف جاريتك، فقال له صاحبه: ما بعتك إلَّا ربعها حلف وكان القولُ قولَه مع يمينه ولو أن صاحبها قال لصاحبه قد بعتك نصف جاريتي وطلب منه الثمن فقال ما اشتريتُ منك إلَّا ربعها كان القولُ قوله مع يمينه.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه الروَاية وذلك إذا لم يسميا واليمين عليهما يحلفان على ما ادعيا نص جلي على أنهما يحلفان على نِياتهما إذا لم يدعيا الإِفصاح، ومثله في كتاب محمد ابن المواز، وَلَهُ فيها أيضاً ما يدل على أن لفظ الشركة يوجب المساواة ولا يلتفت إلى النية بعد أن فَرَطَ قولُه قد أشركتك، وهو قول سحنون، وإليه ذهب ابن حبيب في الواضحة، ولا اختلاف بينهم إذا ادعيا الإِفصاح أن القول قول الذي ادعى الأقل منهما مع يمينه ولا في أنهما إذا لم يدعيا إفصاحاً ولا نية أن السلعة تكون بينهما بنصفين، وهذا كله حيث لا يجب على المشتري أن يشركه فيها فالقول قول من ادعى النصف منهما إن كانا اثنين أو الثلث إن كانوا ثلاثة أو الربع إن كانوا أربعة وسواء ادعوا الإِفصاح بأكثر من الواجب لهما أو قالوا كان ذلك ضَمِيرَنَا إلَّا أنه لا بد أن يحلف المدعَى عليه منهم في الإِفصاح لصاحبه، وقد مضى في نوازل أصبغ من كتاب جامع البيوع تحصيلُ القول فيما يجب الاشتراك فيه من السلع وعلى من يجب

وأين يجب فلا معنى لإعادة ذلك وستأتي المسألة أيضاً في سماع أبي زيد من هذا الكتاب إن شاء الله.

وأما قوله ولو أتى رجل إلى رجل فقال قد بعتَني نصف جاريتك فقال له صاحبه ما بعتُك إلَّا ربعها حلف وكان القول قوله مع يمينه ولو أن صاحبها قال لصاحبه قد بعتك نصف جاريتي فطلب منه الثمن فقال ما اشتريتُ منك إلَّا ربعها كان القول قوله مع يمينه فظاهره أن القول قول من ادعى الأقل منهما مع يمينه كان البائع أو المبتاع، فإن نكل عن اليمين حلف الذي ادعى النصف واستحقه إن كان هو المبتاع واستحق بيعه على المشتري إن كان هو البائع وقد قال أبو إسحاق التونسي الصّوَابُ أن يتحالفا ويتفاسخا لأنهما وإن لم يختلفا في الثمن فمن حجة المبتاع أن يقول لم أَرْضَ شراء الربع وإنما رغبت في النصف، قال ولعل ذلك إرَادَتَه في الرواية، فيكون إنما قصد إلى أنه لا يصدق مدعي النصف في الربع ولم يتكلم على تمام التحالف، ولم يقل أبو إسحاق التونسي إنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا ادعى البائع أنه باع النصف وقال المبتاع لم أشتر إلَّا الربع سكت عن ذلك، فانظر هل يستويان عنده أو بينهما فرق، والأظهر عندي الفرقُ بينهما، وأن لا اختلاف في أنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا كان البائع هو مدعى أنه باع النصف، وإنما الاختلاف هل يتحالفان ويتفاسخان أم لا إذا كان المبتاعُ هو مدعي النصف؟ لأن الجملة قد يزاد في ثمنها، فمن حجة المشتري أن يقول لا أرضى أن آخذ الربع بالسوم الذي اشتريت منه النصف والبائعُ إذا أخذ منه الربع بالسوم الذي رضي أن يبيع به النصف لم تكن له حجة، فعلى هذا لا يجوز لمن اشترى سلعة جملة أن يبيع نصفها مرابحة بنصف الثمن حتى يبين، ولمن اشترى نصفْ سلعة في صفقة ثم اشترى نصفها الثاني في صفقة أخرى أن يبيعها جملة ولا يبين، وفي نوازل سحنون من كتاب المرابحة فيمن اشترى سلعة بعشرة وصبغها بعشرة ثم باعها مرابحة بعشرين ولم يبين أن يردها في القيام، فإن فاتت مضت القياسُ على ما قلناه أن لا يكون له ردها في القيام، وإذا رأى له ردها في القيام أن ترد إلى قيمتها في الفوات إن كانت القيمة أقل من الثمن على حكم مسائل الغش والخديعة في المرابحة وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك لا بأس أن يشترك الرجلان في العمل في الحانوت يجلسان فيه جميعاً مثل الصَّوَّاغِينَ والخياطينَ والحدادين يكونان في حانوت واحد يتعاونان في العمل ولا يفترقان في حانوتين ولا في قريتين لعمل هذا ها هنا وهذا ها هنا فما اكتسبا كان بينهما

فلا خير فيه وإنما كره هذا فيما عمل باليد فأما ما لم يعمل باليد فلا بأس بالشركة فيه وإن افترقا في حانوتين مفترقين، قال عيسى: إنما كره ذلك في العمل وإنما كره ذلك إذا افترقا في مجلسين أو حانوتين أو قريتين.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن شركة الأَبْدَانِ لا تكون إلَّا مع التعاون بأن يكونا في موضع واحد ويكون العمل واحداً فإن افترقا في حانوتين والعمل واحد أو في حانوت والعمل مفترق لم يجز إلَّا أن يحسنا ذلك جميعاً فيعمل كل واحد منهما مع صاحبه وفي رسم البيع والصرف من سماع أصبغ أنهما يجوز لهما أن يفترقا في حانوتين إذا كان العمل واحد وهو شذوذ من القول وسيأتي الكلام عليه في موضعه إن شاء الله وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: أخذ يشرب خمرا

وسئل عن الرجلين يكونان شريكين وهما في بلدين أحدهما بالمدينة والآخر بمصر فيجهز كل واحد منهما على صاحبه ويبيع ويقتضي في موضعه ونفقة الموضعين مختلفة مثل المدينة ومصر يشتري بالدينار من القمح بمصر أضعاف ما يشتري به بالمدينة أفترى أن يحسب كل واحد منهما نفقته التي أنفق أم تكون النفقة بينهما بنصفين ولا ينظر إلى ما يَفْضُلُهُ به فتفكر فيه، ثم قال: بلى أرى أن تكون النفقة بينهما سواء والربح سواء والنقصان سواء إلَّا أن يأتي من النفقة ما يتفاحش مثل أن يكون لهذا عيال كثير ولهذا أن يصرف نفسه فلا أرى أن يُحْمَلَ ذلك عليه، وكأنه قال إذا كان ذلك غيرَ متفاوت فأراه بينهما سواء.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة والواضحة فلا أعرف فيه في المذهب اختلافاً والعلةُ فيه أن ذلك عرف قد دخلا عليه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كان شريكاً لرجل فمرض أحدهما فأوصى إن فلانا عالم بمالي فما دفع إليكم من شيء فهو مُصَدَّقٌ ولا يمين عليه في ذلك، فرفع أمره إلى السلطان وأتى بما قبله من المال فقسمه بينه وبين ورثة شريكه ثم أقام يقضي ويقسم أقام بذلك عشرين، وكتب له السلطان براءة من ذلك وبقي بينهما دين وبلغ الورثة فقالوا يريد أن نستحلفك فيما اقتضيت افترى ذلك لهم وهذا الأمر منذ عشر سنين قد كتب له السلطان براءة من ذلك؟ قال مالك: أرى أن ينظر السُّلطان في ذلك ويكشف أمره، فإن رأى أمراً صحيحاً لم أَرَ أن يستحلفه، فإن استنكر شيئاً رأيت أن يحلفه، فقال له الرجل يا أبا

عبد الله بعد عشر سنين؟ قال: نعم أرى ذلك إن رأى أمراً يستنكره.

قال محمد بن رشد: هذه اليمينُ في أصلها يمينُ تهمة، وقد اختلف في لحوقها، وتوصيةُ الميت بإسقاط اليمين عنه لا يَلْزَمُ الورثةَ لأن الحقّ صار إليهم في المال بموته، فإن اتهموه استحلفوه على القول بلحوق يمين التهمة، فلذلك قال إن السلطان ينظر في ذلك فإن رأى أمراً صحيحاً لم يوجب لهم عليه يميناً، وإن رأى أمراً يستنكره وجب لهم اليمين عليه وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين

قال: وسألتُ مالكاً عن مَعَاصِر الزيت زيت الجلجلان والفجل يأتي هذا بأرادب وهذا بأخرى حتى يجتمعون فيها فيعصرون جميعاً.

قال: إنما يكره هذا لأن بعضه يُخرِجُ أكثر من بعض، فإذا احتاج الناس إلى ذلك فأرجو أن يكون خفيفاً لأن الناس لا بد لهم مما يصلحهم والشيءُ الذي لا يَجِدُونَ عنه غنى ولا بد، فأرجو أن يكون لهم في ذلك سعة إن شاء الله ولا أرى به بأساً والزيتونُ مثلُ ذلك، قال سحنون لا خير فيه.

قال محمد بن رشد: قولُ سحنون هو القياس، وقول مالك استحسانٌ دفعه للضرورة إلى ذلك، إذ لا يَتَأَتّى عصر اليسير من الجلجلان والفجل على حدته مراعاة لقول من يُجِيزُ التفاضلَ في ذلك من أهل العلم، وهذا نحو إجازتهم للناس خَلْطَ أذْهَابِهِم في الضرب بعد تَصْيغَتِهَا ومعرفة وزنها، فإذا خرجت من الضرب أخذ كل إنسان منهم على حساب ذهبه وأعطى الضراب أجرته، وقد مضى الكلامُ في ذلك وبسطُ ما فيه من الخلاف وتوجيه قول من رخص فيه وأجازه مستوفىً في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف وبالله التوفيق.

ومن كتاب صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسألت مالكاً عن القوم يجتمعون يشترون السلعة فيضع البائع لرجل منهم.

قال مالك: إن كان الذي وَلِيَ الصفقة هو الذي وضع له فما وضع له من ذلك فهو بينهم.

قال محمد بن رشد: اختلاف في أنه إذا كان الذي ولى الصفقة هو الذي وضع له فما وضع له من ذلك فهو بينهم، ولما سأله عن القوم يجتمعون يشترون السلعة فيضع البائع لرجل منهم فقال إن كان الذي ولى الصفقة هو الذي وضع له فهو بينهم دل ذلك

على أن ما وضع لأحدهم إذا اجتمعوا في شرائها للذي وَضَعَ له وحده لا يدْخل معه في الوضعية أشراكه، والفقهاءُ السبعة يقولون ما وضع لأحدهم فهو بين جميعهم، وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يكونوا شركاء عقد ولا في الموضع الذي يجب الحكم بينهم بالشركة، فلا اختلاف بينهم إذا كانوا شركاء عقد فوَضَعَ لأحدهم أن الوضعية بينهم، وكذلك إذا اجتمع التجار واشتروا السلعة حيث يجب الحكمُ بينهم بالشركة فيها. فَوَضَعَ لواحد منهم لا اختلاف في أنهم كلهم يدخلون في الوضعية وكذلك لو وضع للذي ولى الصفقة أو الوضعية ما يشبه أن يكون وضيعة من الثمن وبالله التوفيق.

ومن كتاب أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون

قال أشهبُ وابنُ نافع: سئل مالك عن الرجل يدعو جارَه المحتاج وهو أخ له يريد صلته وليست له به حاجة إلَّا صلته فيقول له: أخرج معي أشتري طعاماً بمائة دينار ولك ثلثُ الربح.

فقال: ما أعرف هذا ولكن لو اشتراه وعرف الربح ثم قال ذلك له لم يكن به بأس، فقيل له أفتكرهه؟ فقال: ما أعرفُ هذا.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال والمكروه في ذلك بين لأنه لو كان استأجره على الخروج معه بثلث ما يربح في الطعام الذي يشتري فذلك غرر لا خير فيه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل اشترى لؤلؤا فاستشركه فيه قوم فأشركهم فيه وقد قالوا له عند إشراكهم إياه إذاً لا تقتسمه إنما تبيعه لنا، فقال: نعم لا نقتسمه أبيعه لكم، فباع صدراً من ذلك ثم رأى منهم ما كره فأراد مُقَاسَمَتَهُمْ إياه فأبوا ذلك عليه وقالوا عليك أن تبيعه لنا.

قال مالك: له أن يقاسمهم فأما البيع فنعم عليه إن يبيع لهم ولكن لو بارَ اللؤلؤ وذهب الزمان الذي كان يُرجى أن يباع إليه فلا أرى ذلك لهم عليه، وأرى له أن يدفع إليهم الذي لهم وليس على هذا أراد أن يبيع لهم، ولعل الرجل أيضاً يريد سفراً، فأرى له أن يقاسمهم ويدفع الذي لهم إليهم.

قال محمد بن رشد: روايةُ أشهب وابن نافع هذه عن مالك في الذي يشرك القوم في اللؤلؤ الذي ابتاعه على أن يبيع لهم نصيبهم الذي أشركهم فيه دون أن يضرب لذلك أجلاً خلافُ ما في كتاب الجعل والإجارة من المدونة من أنه لا يجوز للرجل أن يبيع من الرجل نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر إلَّا أن يضرب لذلك أجلاً

لأنه إذا لم يضرب لذلك أجلاً كان جُعْلاً، ولا يجوز أن يجتمع الجُعل والبيع في صفقة ويجوز أن يجتمع البيع والإجارة في صفقة واحدة، والإجارة لا تجوز إلَّا بضرب الأجل، فإذا لم يضرب لهما أجلاً فسدت وفسد البيع لفسادها لاجتماعه معها في صفقة واحدة.

ووجهُ رواية أشهب هذه أنه رأى ما يُبَاعُ إليه اللؤلؤ على ما قد عرف بالعادة كالأجل المضروب، وذلك بين من قوله، ولكن لو بَارَ اللؤلؤ وذهب الزمان الذي يرجى أن يباع إليه فلا أرى ذلك لهم عليه، يريد ويستوجب البائع الثمن كل، ولو باع اللؤلؤ وقد مضى من الأجل بعضُه لوجب أن يرجع المبتاعون المشركون عليه بِمَا ناب ذلك من الثمن لأنهم دفعوه إليه ثمناً لِمَا اشتروه من اللؤلؤ وَإِجَارَة على بيعه إلى المُدَّة التي قد عرفت بالعرف والعادة، ووجه العمل في ذلك أن يقوم حظهم الذي اشتراه من اللؤلؤ والإجَارَةُ على بيعه إلى تلك المدة، وإن كانت في التمثيل قيمة حظهم من اللؤلؤ عشرة وقيمةُ الإجارة اثنان وباع في نصف المدة رجع المبتاعون عليه بنصف سدس الثمن الذي دفعوه إليه كان أقل من اثني عشر أو أكثر وهذا كله بَيِّنٌ والحمد لله وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن العبد يكون بين الرجلين لأحدهما أن يبيع مصابته منها ولا يبع معه شريكه؟ فقال: نعم، ذلك له، قيل لمالك: لمن مال العبد إذا باع أحدُ الشريكين مصابته منه ولم يبع شريكه معه، فقال: للبائع إلَّا أن يشترطه المبتاع، ولكن مال هذا العبد إذا كان بين الشريكين لا يقدر البائع منهما أن يأخذ ماله لأنه لا يجوز في مال العبد قسم إلَّا بإذن شريكه ورضاه، فلا أرى هذا البيع يجوز إذا باع أحدهما مصابته من العبد إلَّا أن يبيعه بماله من المشتري وإلَّا لم يجز.

وقال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال: أحدهما أن البيع فاسد إلَّا أن يبيعه بماله، وهو نص قول ابن القاسم أيضاً في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع، والثاني أنه يقال للبائع إما أن تسلم إلى المبتاع مصابته من المال مع مصابته التي باعها منه من العبد وإلَّا فخذ حظك منه وينفسخ البيع فيه وهو دليل ما في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب العتق والثالث أنه يكون المال للمشتري ويثبت البيع وهذا القول يتخرج على قياس قول ابن دينار في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسم من كتاب البيوع في الرجل يبيع حائطه وثمرته قد أبرَ نصفَها مُشَاعاً إذْ

لا فرق بين المسألتين في المعنى والقياس، وفي مسألة الثمرة قولٌ رابع لا يصح في مسألة العبد وهو قول ابن حبيب في الثمرة أنها تكون كلها للبائع لأنها تُجْعَلُ تبعاً لما قد أبرَّ منها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثانية

قال وسئل مالك فقيل له إني أكريت أنا وشريكي إبلاً لنا فتخلف شريكي ينتقد الكراء وذهبت أنا أطلب الكراء فانتقد شريكي الكراء فدفعه إلى غلام له فخرجت أنا وعبد شريكي الذي دفع إليه الدنانير فقلت أين سيدي؟ فقال: تخلف وأرسلني، فقلت له أين دنانيرنا؟ فقال: أعطانِيها وها هي ذي معي فسكت عنه حتى قَدِمْنَا ثم ذهب العبد ينظر، فقال: أنا أفتقد دينارين.

فقال له مالك: أراهما عليك وعلى شريكك بالحصص لأن العبد قد أخبرك أنها معه فرضيتَ وسكتَ، فأراهما عليك وعلى شريكك إنما عليه أيسر ذلك إن كانت الدنانير عشرين ديناراً ولك منها خمسة فعليك ربعها وعلى شريكك ثلاثة أرباعها.

قال محمد بن رشد: جوابه في هذه المسألة صحيح على القول بأن السكوت كالإِقرار، وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم فيدخل اختلافُ قوله في هذه المسألة ويكون الشريك ضامناً للدينارين اللذين دفع إلى عبده فادعى العبد أنها تلفت عنده بعد يمينه أنه لم يسكت راضياً بِكَوْنِهَا عند العبد وأنه إنما سكت لأنه علم أن ذلك لا يلزمه ولا ينفذ عليه وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في العبد الذي نصفه حر فأراد سيده أن يخرجه إلى بلد غير البلد الذي هما فيه، فقال: أرى ذلك له إن كان مأموناً على ذلك فإن لم يكن مأموناً لم أَرَ له أن يخرجه، فروجع في ذلك فقاله أيضاً وما هو بالبين، فقيل له: فعلى من النفقة إذَا قُضِي له بالخروج به والكراء؟ فقال: على السيد وليس على العبد من ذلك شيء حتى يقر قراره بالموضع الذي يكون له عمل فيه، وذلك أنه أخرجه من موضع عمله وكسبه، فإذا نزل قرية له فيها عمل ومكتسب كانت له أيام وللسيد أيام، وإذا كان ذلك في سفرهم في الموضع الذي ليس له فيه مكتسب رأيتُ النفقة على السيد حتى يقدم به.

قال محمد بن رشد: تَفْرِقَةُ مالك في هذه المسألة بين المأمون وغير المأمون استحسان على غير قياس، والقياس في ذلك ما حكى ابنُ حبيب وابن المواز عن أشهب أنه قال ويقع بقلبي أن ذلك ليس للمأمون ولا لغير المأمون، قال غير ابن حبيب

مستعرِبياً كان أو غير مستعربي قال عنه فلا يخرج به إلَّا برضاه لأنه مَلَك من نفسه ما يملك الشريك، قال ابن حبيب: وأما لو أراد الانتقال به إلى قرية يسكنها فإن كانت من الحَوَاضِرِ فذلك له وإن كره العبد، وفي المسألة قول ثالث أن له أن يسافر به مأموناً كان أو غير مأمون ويكتب له كتاباً إن لم يكن مأموناً، وهو قول مالك في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية وقد مضى القول على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن القوم يحملون الطعام من القمح في السفينة الواحدة يختلط بعضه ببعض ثم يريد بعضهم البيعَ في الطريق، فقال: لا أرى ذلك له إلَّا أن يرضى أصحابه أن يعطوه، لأني أخاف أن يكون أسفل الطعام فاسداً أو يُمْطَرُوا بعد ذلك فيفسد القمح فلا أرى لأحد منهم أن يأخذوا حتى يبلغوا حده فيقتسمونه الفاسد والجيد إلَّا أن يرضى أصحابه أن يسلموا له حقه فأرى ذلك له ولا أرى لهم عليه تباعه إذا نزلوا فوجدوا القمح فاسداً.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنهم حملوا الطعام في السفينة على أن يمروا به لبلد واحدة لتجارة أو لغير تجارة فلذلك لم يرَ لواحد منهم أن يأخذ طعامه إذا كان قد اختلط بمنزلة أن لو كانوا خلطوه وحملوه على الشركة لأن اختِلَاطَهُ يوجب اشتراكهم فيه وذلك بخلاف ما لو حملوه على أن يمروا به إلى منازلهم فاختلط أو كانوا هم قد خَلَطُوهُ وحملوه على ذلك لأنهم إذا حملوه على أن يمروا به إلى منازلهم كان من حقّ من يمر منهم بمنزله أوَّلاً أن يأخذ طعامه فيه ولا يكون لأصحابه عليه تبعة إلَّا أن ينقص الطعامُ أو يكون قد أصابته آفَةٌ على معنى ما قاله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب حسبما بيناه في ذلك فليست هذه الرواية بمخالفة لها، ومن الناس من حملها على الخلاف لها، وليس ذلك عندي بصحيح، والله أعلم. وبه التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل مالك عن الشريك المفوض إليه أو غير المفوض يقول لشريكه إني قد جعلت في هذا المال الذي يعمل فيه أنا وأنت مَالاً من عندي عند المحاسبة أو قبل ذلك أَيَجُوزُ قولُه أم لا يصدق إذا أبى شريكُه أن يصدقه فقال: أكتب إليه أنه لا يجوز قوله ويحلف شريكُه بالله ما جعل فيه شيئاً ولا له فيه شيء.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله في هذه الرواية أنه يحلف على البت، وروى ابن أبي جعفر الدمياطي عن ابن القاسم أنه يحلف عَلَى العلم وهو الصحيح إذ لا يصح القطع على أنه كاذب فيما ادعاه وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وسُئِلَ عن الرجلين يشتركان في مال بعينه فَيُقِيمُ أحدُهما ويسافر الآخر فَيُدَانُ المسافرُ في مالٍ ثم يُفَلَّس فيريد الغرماء أن يتبعوا الشريك المقيم، فقال: ليس ذلك لهم إنما شاركه في مال معروف بعينه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنهما إذا لم يتفاوضا في جميع أموالهما وإنما تفاوضا في مال مسمى فلا يلزم أَحَدَهُمَا ما دَايَنَ به الآخرُ إلَّا في ذلك المال الذي تفاوضا فيه بعينه وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

من كتاب أوله: نقدَها نقدَها

قال عيسى: وسألتُ ابنَ القاسم عن رجلين اشتركا أخرج أحدُهما دنانير والآخر دراهم فعملا على ذلك وربحا كيف يقسمان الربح؟ قال: يقتسمان على الدنانير والدراهم ما وقع من شيء للدنانير من الدنانير وقع للدراهم مثله من الدراهم إن كان للدنانير دينار فللدراهم درهم وإن كان للدنانير نصف دينار فللدراهم نصف درهم، وإن كان ربع فربع على هذا يقتسمان الربح، قلت أفيصرفان الربح دراهم ثم يقتسمانه على هذا الحال؟ فقال: إن شَاءَا صرفا وإن شاءا لم يصرفا إذا قسماه على هذه القسمة ويأخذ كل واحد منهما رأس ماله مثل الذي أخرج، يأخذ صاحب الدنانير رأس ماله دنانير ويأخذ صاحب الدراهم رأس ماله دراهم ويقتسمان الربح على ما فسرت لك، وكذلك بلغني عن مالك وهذا إذا فات، ولا تصلح الشركة بالدنانير والدراهم.

قال محمد بن رشد: لا تجوز الشركة بالدنانير من عند أحد الشريكين والدراهم من عند الآخر على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها وهو مذهبه في هذه الرواية، لأنه إنما تكلم على الحكم في ذلك إذا وقع ولم يعثر عليه حتى فات بالعمل، فقال إنه يأخذ صاحب الدنانير رأس ماله دنانير وصاحب الدراهم رأس ماله دراهم ثم يقتسمان الربح على ما ذكره حسبما يتبين مراده به، إذ ليس على ظاهره، وذلك أنه قال ما وقع للدنانير من شيء من الدنانير وقع للدراهم مثله من الدراهم

فمراده به أن ما وقع ربح الدنانير من الدنانير وقع للدراهم مثل ذلك الجزء من الدراهم لَا مثل ذلك العدد على ما يقتضيه لفظه لا سيما بقوله بعد ذلك إن وقع للدنانير دينار وقع للدراهم درهم وإن وقع للدنانير عشرة دنانير وقع للدراهم عشرة دراهم، إذ لا يصح إذا وقع للدنانير ربح دينار أَلَّا يقع للدراهم إلَّا ربح درهم وإذا وقع للدنانير ربح عشرة دنانير أَلَّا يقع للدراهم إلَّا ربح عشرة دراهم فيكون صاحب الدراهم لا يربح من عدد الدراهم إلَّا ما يربح صاحب الدنانير من عدد الدنانير هذا ما لا يصح أن يريده أبي القاسم أو يقوله، وإنما عبر عن تساوي الجُزْءَيْن بتَسَاوي العددين أَلَا ترى إلى قوله بعد ذلك وإن وقع للدنانير مثلها من الدنانير وقع للدراهم مثلها من الدراهم، فكما يكون إذا وقع للدنانير مثلها من الدنانير يقع للدراهم مثلها من الدراهم فكذلك يكون إذا وقع للدنانير مثل نصفها من الدنانير أو مثل ثلثها أو مثل ربعها أو مثل عشرها أو مثل عشر عشرها يقع للدراهم مثل نصفها من الدراهم أو مثل ثلثها أو مثل ربعها أو مثل عشرها أو مثل عشر عشرها، وما كان من الأجزاء وذلك يرجع إذا اعتبرته بما يخرج الحساب إلى أن يقتسما جميع ما بأيديهما على ما كان فيه من ربح أو خسارة على قيمة الدنانير والدراهم يوم الفسخ فهو أقرب مأخذ في العمل؛ وقيل إنهما يقتسمان ذلك على قيمة الدنانير والدراهم يوم اشتركَا، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة، وقد روى عن مالك إجازة الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر وبالطعامين المختلفين وبالعرضين المختلفين، روي عنه أنه قال في الشركة بالعرضين المختلفين: ما هو من عمل الناس، وذلك والله أعلم لِمَا يدخله من بيع وشركة.

فيتحصل في جملة المسألة لمالك ثلاثة أقوال، أحدها أن الشركة جائزة في ذلك كله لأنه إذا أجازها بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فأحرى أن يجيز ذلك بالعرضين المختلفين إذْ ليس في العرضين المختلفين إلَّا علة واحدة، وهي اجتماع البيع والشركة، وفي الدنانير والدراهم والطعامين المختلفين علتان وهما عدم التناجز والبيع والشركة في الطعامين المختلفين والصرف والشركة في الدنانير والدراهم، وهو مذهب سحنون أجاز ذلك كله إذْ لا يُرَاعِي في الشركة عدم التناجز ولا الصرف والشركة ولا البيع والشركة إذا كانا داخلين في الشركة، والثاني أن الشركة لا تجوز عنده في شيء من ذلك كله، لأنه إذا لم يجزها في العرضين المختلفين فأحرى ألا يجيزها في الطعامين المختلفين وفي الدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر، والثالث أن الشركة جائزة بالعرضين المختلفين ولا

يجوز بالطعامين المختلفين ولا بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر وهو مذهب ابن القاسم لاجتماع علتين في الطعامين المختلفين في الدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر وانفراد علة واحدة في العرضين المختلفين وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في كتاب ابن المواز إجازة الشركة بالدنانير من عند أحد الشريكين والدراهم من عند الآخر ابتداء مثل قول سحنون وأحد قولي مالك وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: استأذن سيده

قال: وسألته عن الرجل يشتري السلعة وتجب له، فيقول أشركني فيها، قال: هذا حرام لا خير فيه لأنه بيع وسلف، قيل له فلو كان صاحب الصفقة هو المسلف قال لرجل تعال أشركك فيها وأنقد عنك ثمنها وأوخرك؟ قال: إن كانت السلعة حاضرةً بعينها فلا بأس به، قال ابن القاسم: إن كانت سلعة مضمونة فلا خير فيه لأنه الدين بالدين.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لِأن الشركة إذا وقعت على أن ينقد المشرك عن الذي أشركه ثمن الحظ الذي بقي بيده ولم يشركه به فهو بيع وسلف لأن المشرك يُؤَدِّي عن المشرك ثمن الحظ الذي بقي بيده ثم يطلبه به ديناً ثابتاً في ذمته، فهو سلف لا يجوز أن يشترطه أحدهما على صاحبه في أصل الإِشراك، لا يجوز أن يقول المشتري أنا أشركك على أن تنقد عني ولا أن يقول المشرك أشركني وأنا أنقد عنك وأما ثمن الحظ الذي وقعت فيه الشركة فجائز أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه نقده لأنه إن اشترط ذلك المشتري على المشرك فهو الواجب وهي شركة جائزة على وجهها وإن اشترط ذلك المشرك الذي أشركه فهو بيع صحيح لأنه باعه ذلك الحظ على أن يُؤخره بثمنه وينقده هو عن نفسه فلا إشكال في جوازه إلَّا أن تكون السلعة مضمونة على ما قال فيكون الدين بالدين الذي لا يجوز وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألت ابن القاسم عن رجل كان له شريك بدمياط وهو بالفسطاط فأتته ثياب من عند شريكه من دمياط فوجد في بعض الثياب بطاقتين أحدهما أكثر ثمناً من صاحبتها ما سمى له، هل ترى عليه يميناً أنه ليس بهذا الرسم للأدنى؟ قال: نعم أرى عليه اليمين، قلت: فإن أبي اليمين أيحلف الآخر؟ قال: نعم إن أبي أن يحلف قيل للآخر أحلف، قلت كيف يحلف؟ قال يحلف على البتات أن هذه الثياب بهذا الرسم للأدنى.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في آخِرِ رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب جامع البيوع في لحوق يمين التهمة وفي وجوب ردها والاختلافُ في ذلك مشهور معلوم في المذهب قيل أنه لا يحكم بها ولا يردها وقيل أنه يحكم بها ويردها وقيل إنه لا يحكم بها ولا يحكم بردها إلَّا أنه لَا يسوغ لمن مكن منها بوجه الحكم أن يحلف إن لم يكن على يقين مما حلف عليه لأنه إنما مكن منها على أن يحلف إن كان يدعي معرفة ما يحلف عليه، والأصلِ في هذا أن النبي عليه السلام لما قال للجاريتين في صاحبهم الذي قتل بخيبر إذْ بدَّأَهُمْ باليمين أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم[1]؟ قالوا: يا رسول الله كيف نحلف ولم نشهد ولم نحضر؟ فلم يرد ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وَوَدَاهُ من عنده وقد تأول بعض الناس على ما وقع في رسم البراءة من سماع نه يجوز للرجل أن يحلف مع شاهده وإن لم يعلم صحة ما شهد له به وذلك بعيد، وقد مضى الكلام عليه في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى لمكاتبه بوضع نجم من نجومه

وسئل عن قوم اشتركوا في سلعة اشتروها فتولى أحدُهم بيعَهَا فباعها وأمسك الدنانير، فقال له شركاؤه: أَبِعْتَ السلعة؟ فقال: نعم بعتها قيل له: فأين الثمن؟ قال هو ذا في كيسي مع دنانيري قيل له فأعطنا حقنا، قال نعم أَتَسَوّقُ ثم أعطيكم الذي لكم، فذهب عنهم ثم أتاهم فزعم أنها قرضت من كمه.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٦٨٤)، وأخرجه مسلم (٣١٦٨)، وأخرجه أبو داود (٣٩٢٠)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٥٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٦٦٩)، وأخرجه الدارمي (٢٢٧٦)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٥٧٥)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٧٥٧)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٧٨٦)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٧٨٨)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧٩٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١٤٢٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥١٣٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤٣٦٥)، وأخرجه مالك في الموطأ برواية الشيباني (٦١٢)، وأخرجه مالك في الموطأ برواية الزهري (١٢٦٤)، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني (٥٦٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٥٤٩٦)، وأخرجه الشافعي في الأم (٢٢١٦)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٥٥٠)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٢٤٦)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣٩٩٢)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (١٤٠٢)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٤٢١٨).

قال: هو ضامن إذا سألوه حقهم فلم يعطهم وجهه عنهم، قيل له: إنا لما أردنا أن نخاصمه قال أسلفوني دينارين أتجر فيها، فما صار فيها من ربح قضيتكم، ووخرني عشرة أشهر وأنا أقولكم وأكتب على بذلك ذكر حقّ ففعلنا فأردنا أن نخاصمه الآن فهل تقضي لنا بذلك الإقرار؟ قال فعلتم ما لا يحل فلا يقضي عليه بذلك إلَّا قرار لأنه يقول إنما أقررت لكم على أن تسلفوني ولكن إنْ كانت لكم بينة حين سألتموه حقَّكم حبسه عنكم ثم جاء يزعم أنه تسوق فهو ضامن.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه إذا أقر أنه باع السلعة وقبض الثمن فلا يصدق فيما ادعى من أنه قرض من كمه إذا كانوا قد سألوه حقهم فحبسه عنهم، ولو أدَّى ذلك قبل أن يسألوه إياه لوجب أن يصدق في ذلك على ما دل من قوله، وهذا إذا كان توليه لبيع السلعة بإذنهم وأما لو تولى ذلك بغير إذنهم لَمَا صُدِّقَ فيما ادعى من أن الثمن قرض من كمه كان ذلك من دعواه قبل أن يسألوه الثمن أو بعد أن سألوه إياه، ولا إشكال فيما ذكره من الإقرار إذا كان منكراً ألا يلزمه إذا كان على الوصف الذي وصفه، لأنه إنما أقر على شرط، فإذا لم يتم له الشرط لم يلزمه الإقرار ولو أسلفوه الدينارين ووخروه إلى المدة ثم قاموا عليه عنها انقضائها للزمه الإقرار وإن كان وقع عليه سبب فاسد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

وسئل عن رجلين اشتركا في شراء صفقة فاشترياها بعشرة دنانير اشترى أحدهما منه خمسة أراديب بخمسة دنانير، والآخر ما بقي بخمسة دنانير.

قال: لا بأس به، وهو حلال إذا كان باسماً من الكيل الذي استثناه لأحدهما يجوز للبائع أن يستثنيه الثلث فأدنى، قيل له أيهما على ذلك اشترياه فكأنه أشركه، قال: ليست بشركة وليس بذلك بأس، وإنما باعه البائع من الأرادب ما كان يجوز له أن يستثنيه، أرأيت لو باعه من صُبْرَةٍ وفيها ألفُ إردب عَشَرَةَ أرادب بخمسة دنانير ثم باع بعد ذلك ما بقي من رجل آخر قبل أن يكيل العشرة أنه لا بأس به، قال وليس هذا مثل الضان أن يكون له مائة شاة فيبيع منها عشرة يختارها ثم يبيع بقيتها من رجل آخر قبل أن يختار الأول فلا خير فيه وهو لا بأس أن يبيع عشرة من خيارها أبداً ولا خير في أن يبيع بقيتها قبل أن يختار العشرة حتى يختار، وفرق بين ذلك لأنه يجوز أن يبيع بقية الصبرة بعد الأرادب جزافاً قبل أن يكتال الأرادب، ولا يبيع الضان لأنه لا يدري ما بقي منها، ولأن الطعام هو صنف واحد ليس للكيل الذي يؤخذ منه فضل على ما بقي من الجزاف.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أعرفه في المذهب أنه إذا باع من الصبرة كيلا معلوماً يجوز له أن يستثنيه منها وهو الثلث فأدنى جائز له أن يبيع بقية الصبرة من غيره أن المكيلة التي اشترى الأول منها كان البائع استثناها لنفسه، وأما إذا باع من غنمه عشرة يختارها المشتري فاختلف هل يجوز له أن يبيع بقيتها من غيره قبل أن يختار الأول عشرته، والمشهورُ قولُه ها هنا إن ذلك لا يجوز، وقد مضى القول على ذلك في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع فلا معنى لإعادته ولو باع من غنمه أكثر من ثلثها على الخيار لما جاز له أن يبيع بقيتها من غيره قبل أن يختار الأول ما ابتاع قولاً واحداً والله أعلم.

ومن كِتَاب أولُه: بِعْ وَلا نُقْصانَ عَلَيْكَ

قال: إذا اشترى الرجل سلعة وأشرك فيها ناساً فاستوضع صاحبُ الصفقة البائعَ فَوَضعَ له فأَشْرَاكُهُ يدْخلون في الوضعية معه وكذلك قال مالك وإذا استوضعه أحد الذين أشرك فوضع كانت الوضعية له دُون شركائه ودون صاحب الصفقة، وإذا اشتراها نفر صفقة واحدة فوضع لواحد منهم فالوضعية له دون شركائه وهو قول مالك.

قلت: فإن كان الذي اشتروها شركاء عقد فوضع لواحد منهم أيكون لأصحابه في ذلك شيء أم لا؟ وهل يفترق إذا كانوا شركاء عقد أو غير ذلك، قال: الوضيعة لهم جميعاً إذا كانوا شركاء عقد فوضع الواحد منهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار إلى رأس الحول

وسئل عن شريكين كانا عند القاضي فسأل أحدُهما صاحبَه عن ماله فقال ضاع مني، فقال القاضي: اكتبوا أيضاً إقراره، فقال حينئذ إنما دفعت إليك من مالي بعد أن ضاع مني قال لا يقبل قوله وأراه ضامناً.

قال محمد بن رشد: لَمْ يُصَدِّقهُ فيما ادعاه مِنْ دعوى القضاء لِمَا تقدم من دعوى الضياع، وهو أصل قد اختَلَفَ فيه قولُ مالك وأقوال أصحابه اختلافاً كثيراً فيمن سأل أمانة فَأَنْكرها ثم ادعى الرد أو الضياع فقيل إنه يصدَّقُ في كل واحد من الوجهين، وقيل إنه لا يصدق في واحد منهما لما تقدم من إنكاره، وقيل إنه يصدق في دعوى الضياع ولا يصدق في دعوى الرد، والثلاثة الأقوال كلها لِمَالِكٍ في رسم أسلم من سماع

عيسى من كتاب القراض، وفيمن ادعيت عليه أيضاً دعوى فأنكرها فَلَما قامت عليه البينة بها جاء بما يخرج منها من بينة على البراءة منها أو ما أشبه ذلك، فقيل إنَّ ذلك لا يُقبل منه إلَّا في اللِّعَانِ إذا ادعى الرؤية بعد إنكار القذف وأراد أن يلاعن وهو قول محمد بن المواز، وقيل إنه لا يقبل منه إلَّا في اللعان والأصول ولا يقبل منه في الحقوق، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في المدنية وبالله التوفيق.

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

وسئل عن صيادين اجتمعوا على غدير ومعهم شباك فقال بعضهم لبعض تعالوا نشترك ويضرب كل واحد منا بشبكته، فأخرج صيداً فأبى أن يعطي للآخرين منه شيئاً وقال لهم ليس لكم فيما أصبت شيئاً، فقال: ذلك له، وليس لهم فيما أصاب شيء لأنها شركة لا تَحِلُّ.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن شركة الأبدان لا تجوز إلَّا فيما يحتاج الاشتراك فيه إلى التعاون، ولأنهم متى اشتركوا على أن يعمل كل واحد منهم على حدة لأن ذلك من الضرر البين فاشتراك الصيادين فيما يخرجونه بشباكهم من الغدير على أن يضرب كل واحد منهم بشبكته على حدة من الغرر البين الذي لا خفاء به، فوجب ألَّا تنفذ الشركة بينهم وأن يكون كل واحد منهم أَحَقَّ بما أخرج بشبكته، ولو كان الغدير صغيراً لا يحمل إلَّا شبكة واحدة فأراد كل واحد منهم أن يضرب بشبكته أولاً وترافعوا على ذلك لوجب أن يقضي بينهم بالاشتراك في ذلك على ما تصح به الشركة في ذلك بأن يستأجروا أحدهم على أن يضرب بشبكته بينهم خوفاً من أن يقتتلوا على ذلك، ولو بَدَأَ وَاحِدُهُمْ فضرب بشبكته قبل ذلك لكان له ما أخرجت له شبكته وهذا كل على قياس ما قاله سحنون في نوازله من كتاب الصيد في القوم يجدون العُشِّ فيريد كل واحد منهم أخذه وَيَتَدَافَعُونَ عليه وهو أصل لما يختلف فيه من القوم المتيممين يجدون من الماء قَدْرَ ما يَتَوَضَّأُ به واحدٌ منهم هل ينتقض تيمم جميعهم أو تيمم الذي أسلم إليه وحده، وقد مضى الكلام على هذا مستوفٍ في سماع سحنون ونوازله من كتاب الوضوء وإن شاء ترك هو المشهور في المذهب على ما في رسم أوله أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب الشفعة، وعلى قياس ما وقع في كتاب المُرَابَحَةِ من المدونة من الرجل إذا اشترى نصف سلعة وورث نصفها لا يجوز له أن يبيع نصفها مرابحة حتى يبين، لأنه إن باع ولم يبين وقع بيعه على ما ورثه وعلى ما اشترى، وقد قيل إن للمشرك جميع حظ الذي أشركه وهو دليل قوله في كتاب العتق

الأول من المدونة وفي آخر المسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب وقد مضى القول على ذلك هنالك وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت له: فلو كان قال له اشتر سلعة كذا وكذا علي وأنا فيها شريكك فاشتراها رجل غيره فأَشْرَكه فيها، قال يكون الذي قال له اشتر علي وأنا شريكك مخيراً بين أن يأخذ نصف ما اشْتَرَكَ به صاحبُهُ وبين أن يَدَعَ ولا يلزمه شيء.

قال محمد بن رشد: القول في هذه المسألة كالقول في المسألة التي قبلها يدْخل فيها من الاختلاف ما دخل فيها إذْ لا فرق بين أن يشتري نصف السلعة أو يشرك فيها بنصفها وبالله التوفيق.

ومن كتاب القطعان

وسُئِلَ ابن القاسم عن الرجل يشرك الرجل فيقول أحدهما لصاحبه اقعد في هذا الحانوت تبيع فيه، وأنا آخذ المتاع بوجهي والضمان علي وعليك، فيفعلان ذلك، قال الربح بينهما على ما تعاملا عليه ويأخذ أحدهما من صاحبه أُجْرَةَ ما يَفْضُلُه به في العمل.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الربح تابع للضمان إذا عملا بما تَدَاينا به كما هو بائع المال إذا عملا بما أخرجه كل واحد منهما من المال وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ولو قال رجل لرجل اقعد في هذا الحانوت وأنا آخذ لك متاعاً تبيعه ولك نصفُ ما ربحت أو ثُلُثُه لم يصلح ذلك، وإن عملا عليه كان للذي في الحانوت أجرة مثله فيما عمل ويكون الربح كله للذي أجلسه في الحانوت.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأنها إجارة فاسدة من أجل أن الربح تابع للضمان، فإذا كان الذي أجلسه في الحانوت هو الذي يأخذ السلع ويكون ضمانها عليه وجب أن يكون الربح له ويكون للعامل أجرة مثله لأنه عمل على نصف ما ربح فيما باع وهو غرر وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن اشترى أرضاً فأشرك فيها رجلاً فتعدى الشريك فزرع الأرض كلها، فقال الزرع للذي زرعه وعليه نصف كراء الأرض؛ قال عيسى حَاضراً كان شريكُه أو غائباً، غير أن شريكه إن كان حاضراً يحلف بالله أنه ما كان تَرْكُهُ إياه رضاً منه بذلك.

قال محمد بن رشد: قولُه في هذه الرواية إن الشريك إذا تعدى فزرع الأرض كلها يكون الزرع له ويكون نصف كراء الأرض ظَاهِرُهُ وإن كان إبان الحَرْثِ لم يفت فهو خلاف قوله في نوازل سحنون من كتاب المزارعة أن البَذْر إذا لم يفت أخذ نصيبه من الأرض فبذرها، وخلاف قول ابن القاسم أيضاً في أول سماعه من كتاب الاستحقاق أنه يكون له فيما بَنَى في أرض شريكه قيمة بنيابة منقوضاً إن صار في حَظِّ شَرِيكه فَمَرَّةً رأى الشركة بينهما في الأرض شبهة يوجب أن يكون الزرع لِزَارِعِهِ فإن لم يفت إبان البذر وَمَرَّةً لم ير ذلك شبهه ورأى أن من حقّ الشريك أن يأخذ نصيبه من الأرض بزرعها إذا لم يكن للذي بذره فيه منفعة إن قلعه، فإن كانت له فيه منفعة إن قلعة كان من حقه أن يقلعه إلَّا أن يشاء الشريك المتعدي عليه أن يأخذه بقيمته مقلوعاً فيكون ذلك له، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك في أول سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق، وقول عيسى بن دينار إن لشريكه الكراء حاضرا كان أو غائباً بعد يمينه إن كان حاضراً خلافُ روايته عن ابن القاسم في أول سماع من كتاب الاستحقاق، وقد مضى القول على ذلك هنالك مستوفٍ وبالله التوفيق.

من سماع يحيى من ابن القاسم من كتاب الصلاة

قال يحيى: قال ابن القاسم: وسمعت مالكا يقول لا ينبغي للرجلين أن يشتركا إذا أخرج أحدُهما ذهباً وأخرج الآخر وَرِقاً وهو عندي من المكروه البين، فإن وقع ذلك وَلَمْ يُنْظَرْ فيه حتى يشتريان ويبيعان أخذ كل واحد منهما مثل ما كان أخرج، صاحبُ الذهب مثلَ ذهبه وصاحبُ الورق مثلَ ورقه، ثم يقتسمان الربح على قدر أموالهما، وتفسير قسمتها إن كان ربحا للعشرة خمسة عشر فكان لصاحب الذهب مائة دينار ولصاحب الورق ألف درهم جعل لصاحب المائة دينار فضل خمسين ديناراً ولصاحب الألف درهم خمسمائة درهم وإن كان الربح للعشرة أحد عشر أو اثْنَيْ عشر أو نحو ذلك فعلى هذا الحساب يقتسمان الربح.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة تقدم القول فيها مستوفى في رسم نقدها من سماع عيسى فلا محق لإعادة ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أول عبد ابتاعه فهو حر

وسألته عن الشريكين العقيدين يغيب أحدهما ثم يقدم فيجد أموالاً بيد شريكه فإذا أراد قبضها ليرى فيها في تجارتهما منعه الشريك وقال هي أموال الناس استودعها وإن

كانت عروضاً قال: قد دفعت إلى أهلها فيقول له شريكه فَمَنْ أهلها أو لمن هذا المال الذي تزعم أنه ودايع الناس؟ فيقول لا أحب أن أخبر بأهله وليس لك ذلك علي، أيقبل قوله أم لا؟ قال: إن سَمَّى لها أهلها فادعاها للذي سماها لهم لم أر أن تدفع إليهم حتى يحلفوا مع إقراره لهم، فيكونون بمنزلة من يستحق حقه باليمين مع الشاهد فإن نكلوا دفعت إليهم نصيب المقر وأخذ الشريك نصيبه من ذلك المال، قال وسواء أقر بوديعة أو بمتاع أمر ببيعه فيما يزعم قال وإن لم ينص أَحداً ولم يَدعه أَحَدُ مِمَّا يقر له فالمال بين الشريكين نصفان كَهَيْئَتِهِ على شركتهما.

قلت: أرأيت إن قال هو لي دونك ورثتُه أو وُهِبَ لي وما أشبه ذلك أيُقبل قوله؟ قال: إن ثبت له معرفة الميراث أو العطايا والهبات وإلا فهو بينهما.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة كلها صحيحة بينة لا وجه للقول فيها! إلَّا قوله فيكون بمنزلة من يستحق حقه باليمين مع الشاهد فإن ظاهره يقتضي أنه يحتاج إلى عدالة المقر لأنه جعله الشاهد قال ذلك أبو إسحاق التونسي، قال أيضاً وكان ينبغي أن يجوز إقراره لمن لا يتهم عليه، وقد يحلفون استبراءً والصوابُ أنه لا يحتاج إلى عدالته، وعلى ذلك يجب أن يحمل قوله في الرواية لأنه لم يقل إنه يكون شاهداً له يحلف معه، وإنما قال إنه يكون بمنزلة الشاهد له في أنه يحلف مع قوله كما يحلف مع شهادة الشاهد فإن نكل عن اليمين لم يكن له إلَّا نصيب المُقِر، ولم يذكر هل يحلف الشريكُ أم لا؟ والوجهُ في ذلك أن يحلف إن كان تحقق الدعوى أنه أقر له بباطل، وأما إن قال لا أدري إلَّا أني أتهمه في إقراره له فلا يمين عليه، إلَّا أنه لما كان هذا الذي أقر به ليس بدين التجارة واستظهر على المقر له باليمين شبهاً بما قالوا في المديان يرث أَباه فيقر بدين عليه الودائع في تركته أن المقر له يحلف مع إقراره بخلاف إذا أقر بدين في ذمته وقع ذلك من إيجاب اليمين على المقر له في آخر كتاب الوَصَايا الثاني من المدونة وبالله التوفيق.

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال سحنون: أخبرنا ابن القاسم، قال مالك في الرجل يأتي بحمامة أنثى ويأتي الآخر بذكر على أن يكون الفراخ بينهما إنَّ الفراخ بينهما على الحضانة.

قال محمد بن رشد: قولُ ابن القاسم في هذه المسألة عن مالك على قياس قوله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة يكون لصاحب العمل والأرض، يريد ويرجع صاحب الحمامة الأنثى على صاحب الحمامة الذكر مثل بيض حَمَامته ويأتي على

قياس القول في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر الفراخ لصاحب الحمامة الأنثى لأن البيض له ولصاحب الحمامة الذكر قيمةُ ما أعان به من الحضانة وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له: فإن أتى رجل ببيض إلى رجل فقال له اجعل هذا البيض تحت دجاجتك فما كان من فراخ فبيني وبينك فخرج الفراخ لصاحِب الدجاجة ولصاحب البيض بيض مثله وإنما هو عندي بمنزلة الذي يأتي بالقمح إلى رجل فيقول له ازرع هذا في أرضك فما ساق إليه من رزق فهو بيننا، فيزرعه فإن الزرع لصاحب الأرض ولصاحب القمح قمح مثله ومثله السفينة والدابة يعطيان على أن يعمل عليهما على بعض ما يكسب فإن العمل للعامل ولرب السفينة والدابة أجرة مثلهما.

قال محمد بن رشد: وهذا على قياس قوله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة يكون لصاحب البذر أن الفراخ تكون لصاحب البيض ولصاحب الدجاجة قيمة ما حضنت دجاجته، وعلى هذا يأتي قول سحنون في نوازله من كتاب الغصْب في الغاصب يغصب البيضة فيحضنها تحت دجاجته فيخرج منها فراخاً أن الفراخ لصاحب البيضة وللغاصِب عليه قدرُ ما حضنت دجاجته وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم

من كتاب البيوع والعيوب

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم وسئل عن رجلين اشتركا على أخذ متاع بدين لهما وعليهما ولهما مال ولا مال لهما، قال: إن كانا يشركان في سلعة بعينها يشتريانها بدين فلا بأس بذلك، كان لهما رأس مال أو لم يكن وإن كان إنما يشتركان على ما يشتري كل واحد منهما يقولان ما اشترى كل واحد منا بدين ولا مال لهما فنحن فيه شركاء فلا يعجبني ذلك، قال أصبغ فإن وقع نفذ على سنة الشركة وضمناه جميعاً وفسخت الشركة من ذي قبل وقطعت بينهما.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ومثله في المدونة وهو مما لا اختلاف فيه أنهما إذا اشتركا في شراء سلعة بعينها بدين فذلك جائز، وهما شريكان فيها كان لهما مال أو لم يكن لهما مال، فإن اشترط البائعُ عليهما أن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه بجميع الثمن جاز، وإن لم يشترط ذلك عليهما لم يلزم كل واحد منهما إلَّا حصتُه حظه

من الثمن النصف إن كانت شركتهما على النصف أو الثلث أو الثلثان إن كانت شركتهما على أن لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان أو أقل من ذلك أو أكثر، إلَّا أن يكونا شركاء عقد قد اشتركا شركة صحيحة على مال لهما فيكون كل واحد منهما ضامنا لثمن ما اشترى صاحبه بدين اجتمعا في أخذ المتاع بالدين أو افترقا، وأما إن اشتركا ولا مال لهما على أن يشتريا بالدين ويكونا شريكين في ذلك يضمن كل واحد منهما ثمن ما اشترى صاحبه فلا يجوز ذلك كما قال، لأنها شركة بالذمم، ولا تجوز على مذهب مالك وجميع أصحابها لشركة بالذمم، لأن ذلك غرر، يقول كل واحد منهما لصاحبه تحمل عني بنصف ما اشتريتُ على أن أتحمل عنك بنصف ما اشتريتَ واختلف إن وقع ذلك، فقيل تفسخ الشركة بينهما، ويكون كل واحد منهما ضامناً لما اشترى صاحبهُ قبل الفسخ على ما تعاقدا عليه وهو قول أصبغ هذا، ومذهب ابن القاسم في المدونة، وقيل إنه يكون ضمانُ ما اشترى كل واحد منهما عليه، لا يكون على صاحبه، وإلى هذا ذهب سحنون، وهو القياس على القول بأن شركة الذمم لا تجوز، وقول ابن القاسم وأصبغ استحسانٌ مراعاةً لقول أبي حنيفة في إجازته شركة الذمم وقوله إنها تنعقد على الوكالة فتجوز على مذهبه حال الافتراق، كما تجوز حال الاجتماع، وليس ذلك بصحيح إذ لا غرر فيها حال الاجتماع وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سئل أشهبُ عن شركاء ثلاثة، في سلعة تَقَاوَمُوها فخرج منها واحد وقعت على الاثنين بربح دينار، ثم ذهب الخارج فاستوضع البائعَ ديناراً فقام عليه الاثنان لرد، قال: ذلك لهما إلَّا أن يخرج ذلك الدينار الذي وضع له فيكون بينهما وبينه أثلاثاً، قيل له ويسوغ الربح كله؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: قولُ أشهب في هذه المسألة لا يستقيم على حال، لأنه إن كان خرج من حصته من السلعة لشريكيه فيها بربح دينار على ما انتهت إليه في المقاومة فاستوضع البائع الدينار فوضعه عنه هو الذي ولي صفقة شرائها فأشرك فيها شريكيه وجب أن يكون للمشرَّك حظه من الوضيعة شاء الذي وضع له أو أبى، سواء كان حظه باقياً في يديه أو كان قد خرج عنه ببيع أَوْ غيره، وليس له أن يقول الذي أشركه لا أضع عنك شيئاً وأنت بالخياران شئت أن تمسك وَإِنْ شئت أن ترد رددت، وإنما يكون له ذلك في بيع المرابحة لأن المرابحة على سبيل المكايسة، والشركة على سبيل المعروف، هذا قوله في المدونة، وقد قال أبو إسحاق التونسي القياس أن يكون مخيرا

في الشركة كالمرابحة، وعلى هذا يأتي قول أشهب في هذه المسألة، وإن كان الذي وضع له الدينار فالشركاء الثلاثة ليس هو الذي كان ولي صفقة شرائها وإنما كان اشترى وهم لها جميعاً صفقة واحدة فالدينار الموضوع يكون له خالصاً لا حقّ فيه لشريكيه على مذهب مالك وأصحابه خلاف ما ذهب إليه الفقهاء السبعة حسبما ذكرناه في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم وَلَوْ كان أحد الشركاء في السلعة باع حظه من شريكه بربح دينار مرابحة لا على سبيل المقاومة لوجب إن كان هو الذي وَلِيَ صفقة شراء السلعة أن يرد على شريكيه ثلثي الدينار شاء أو أبى، ويكون مخيراً في الثلث التي ناب منه حظه الذي باعه مرابحة بين أن يحطه عنهما قيل ما ينوبه من الربح وقيل دون ما ينوبه من الربح، فيلزمهما البيعُ ولا يحط ذلك عنهما فيكون لهما أن يرد البيع، وكذلك أن لم يكن هو الذي ولي الصفقة على مذهب الفقهاء السبعة وأما على مذهب مالك وأصحابه فيكون له ثلثا الدينار لا يلزمه أن يرده عليهما ويكون مخيراً في الثلاثة التي ناب حظه الذي باعه منهما مرابحة على ما ذكرناه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سألتُ أشهبَ عن ثلاثة نفر اشتركوا بمائة دينار ثم يحضر سفر فيخرج اثنان بجميع المال ويتخلف واحدٌ فلما كانا ببعض الطريق تشاجرا وتفاصلا فاقتسما فأخذ كل واحد منهما مائته ونصف مائة الغائب عنهما فَتَجِرَ أحدُهما في جميع ذلك وربح، وتجر الآخر فخسر فقال لا ينفع ذلك الحائز يعني في الخسارة مال لا يكون تقدم إليهما، قال ويضم المال كله يريد خسارته وربحه فيقسم ذلك بينهما وبين الغائب أثلاثا كأنهما لم يقتسما المال، لأنهما لا مقاسمة لهما على الغائب عنهما، ثم يترادان الاثنان منهما بينهما وتجوز مقاسمتهما فيما بينهما، وبرىء كل واحد منهما لصاحبه فيكون على هذا خسارته، ولهذا ربحه، قاله أصبغ، وقال لهذا تفسير وتفسيرها إن كان تقدم إليهما ألا يقتسما فاقتسما فربح الواحدُ وخسِر الآخر، فإن المقيم لا يلزمه من الخسارة والوضيعة على المتعدي بتعديه بالقسمة، وأما ربح اللآخر فإن الربح يكون بينه وبين شريكيه ذلك القسم، وهو على الشركة، وكذلك لو وضع لزمه من الوضعية بقدر ماله معه من المال، وفي الربح اختلاف فمن أصحابنا من قال الربح على الثلث والثلثين، ومنهم من قال نصفين لأنه وجد الذي قبض نصف مائته وهو الشريك معدماً لرجع على هذا الشريك الآخر لأنه متعد عندما قسم ودفع المال إليه.

قال محمد بن رشد: قوله لا ينفع ذلك الحاضر في الخسارة معناه أنه لا حجة له

عليه في القسمة يضمنها الخسارة إلَّا أن يكون قد تقدم إليهما ألا يقتسما ماله فحينئذ يضمن له ما خسر من نصيبه وأما إن لم يتقدم إليهما في ذلك فيكون الحكم فيه ما ذكره من أن يضم المال كله بخسارته وربحه فيقسم ذلك بينهما وبين الغائب أثلاثا كأنهما لم يقتسما المال إلى آخر قوله، وذلك يرجع عند الاعتبار إلى أن يأخذ الغائبُ ثلث ما بيد كل واحد منهما كان قد ربح فيه أو خسر فهو مراده، ولا معنى للتطويل لما ذكره من الكلام ولا يخلو اقتسام الشريكين دون الثالث الغائب ما بأيديهما من أموالِهما وقال الغائب من ثلاثة أحوال أحدهما أن يكونا فعلا ذلك بعد أن أذن لهما فيه الغائب، والثاني أن يكونا فعلا ذلك بعد أن نهاهما عنه والثالث أن يكونا فعلا ذلك دون أن يتقدم منه إليهما فيه إذن ولا نهي فأما إن كانا اقتسما المال بعد أن أذن الغائب لهما في ذلك فأخذ كل واحد منهما مائته ونصف مائة الغائب فلا اختلاف في أن المقاسمة جائزة نافذة على الغائب وفيما بين الشريكين، فيكون الغائب شريكاً لكل واحد منهما على انفراد بالثلث، يأخذ ثلثَ ما بيد كل واحد منهما كان قد ربح فيه أو خسر، وأما إن كانا اقتسما المال بعد أن نهاهما عن اقتسامه وأخذ كل واحد منهما مائته ونصف مائة الغائب فتجوز قسمتهما على نفسهما فيما بينهما ولا تجوز على الغائب، ويكون كل واحد منهما متعدياً عليه في ذلك فإن تَجِرَا فربح أحدُهما وخسر الآخر كان الذي خسر ضامناً لما خسر في نصيب الغائب وهو قول أصبغ إنه إن كان تقدم إليهما لم يلزم المقيمَ من الخسارة شيءٌ وكانت الوضعية عليه بتعديه بالقسمة وفي قوله وكذلك لو وضع يريد الشريك الآخر لزمه من الوضعية بقدر ما له معه من المال إشكال ومراده بذلك أن الشريك الآخر لو وضع كما وضع الأول للزمه أن يضمن للغائب من الوضعية بقدر ما له من المال كما ضمن الآخر فَالْهَاءُ من لزمه عايدة على الشريك الذي تجرَ في المال لا على الغائب ولو لم يبق بيد الذي تجرَ وخسر من المال ما يقوم بحظ الغائب من الخسارة وهو عديم لكان من حقه أن يرجع على الآخر بما نقصَ من حقه، لأن كل واحد منهما متعد عليه في القسمة فإن رجع بعدم الذي خسر رجع بذلك المرجوع عليه على الذي خسر فأتبعه به ديناً في ذمته لأنه المتعدي بالتجر فيه دون شريكه، ولو تلف المال في يد أحدهما وهو عديم فرجع الغائب على الآخر لما كان للمرجوع عليه رجوع على الذي تلف المال عنده إذ لم يتعد فيما صار بيده منه ولا تلف بسببه، وأما إن كانا قد قسما المال دون أن يتقدم إليهما الغائب فيه بإذن أو نهي فاختلف هل يكونان متعديين في قَسْمِهِ أم لا على قولين؟ أحدهما أنهما لا يكونان متعديين في

قسمته كما لو أذن لهما في ذلك، وهو قول أشهب وأصبغ في هذه الرواية والثاني أنهما يكونان متعديين في قسمته كما لو نهاهما عن ذلك، وإلى هذا ذهب محمد بن المواز، وهو أظهر، ووجه قول أصبغ وأشهب أنه لا ضرر على الغائب في القسمة إذ قد دخل معهما على أن لكل واحد منهما أنْ ينفرد بالبيع والشراء دون صاحبه، فالشريكان في قسمة مال الغائب بغير إذنه على مذهب أشهب وأصبغ بخلاف المُودَعَيْنِ للعلة التي ذكرناها، وقد روى زياد عن مالك أنَّ للمودعين أن يقتسما الوديعة.

فيتحصل في الجملة ثلاثة أقوال، يضمنان جميعاً ولا يضمن واحد منهما ويضمن المودعان ولا يضمن الشريكان، وقد مضى القول في الحكم على كل واحد من الوجهين فيما خسر أحدهما فلا معنى لتكراره، وأما ربح أَحَدِهِمَا فقد ذكر في الرواية الاختلاف في ذلك والصحيح أن يكون للغائب ثلث الربح لأنه إنما له ثلث أصل المال الذي كان عنه الربح، ووجه القول الآخر أن الشريك الذي عمل بالمال قد دخل مع الغائب على أن يتساوياً في الربح إذ جعل كل واحد منهما مائة كما جعل صاحبه، والقسمة لا تلزمه ولا تجوز عليه، والقول الأول هو الصحيح لأنه يلزم على قياس هذا القول لو ربحا جميعاً أن يأخذ الغائب نصفَ ربح كل واحد منهما فيصير له ربح نصف الجميع وليس له من رأس المال إلّا الثلث وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيع والصرف

وسئل أشهبُ عن صناعين حداد وجزار في حانوت واحد اشتركا بعمل هذا مع هذا في جزارته وهذا مع هذا في حديده، قال: إن كانا يحسنان ذلك جميعاً ويعملان فيه جميعاً فلا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن شركة الأبْدَانِ لا تجوز إلَّا مع التعاون في الأعمال لأنهما إذا لم يتعاونا وانفرد كل واحد منهما بعمل له دون شريكه أو أَشْرَاكه إن كانوا جماعة كان ذلك غرراً، لأن كل واحد منهما يقول لصاحبه لَكَ جُزْءٌ من أجرتي فيما انفرد بعمله، على أن يكون لي بعض أجرتك فيما تنفرد بعمله دوني، وذلك أعظم المخاطرة والغرر. وقد مضى بيانُ هذا في آخر رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له فإن استأجر رجلان أجيرين فاشتركا فيما يكتسبان وكل واحد منهما مستأجر لأجيره على حدة، قال لا بأس بذلك إذا كان الأجيران يعملان جميعاً عملاً واحداً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن يد كل واحد منهما كيد مستأجرة، فإذا تعاون أجيراهما في العمل كان ذلك كتعاونهما أنفسهما فيه وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له فإن اشتركا في حانوت واحد والعمل مفترق على حدة صنعة كل واحد منهما غير صنعة صاحبه، قال: لا خير في ذلك، يريد أن العمل بينهما قيل له فإن اشتركا والعمل واحد والحانوتان مفترقتان قال لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: قولُ أشهب هذا إنه لا يجوز أن يشتركا في حانوت واحد والعمل مفترق معناه إن انفرد كل واحد منهما بعمله ولم يعمل صاحبه معه فيه على ما قاله فوق هذا، وأما قوله إنه لا بأس أن يشتركا في العمل ويكونان مفترقين في حانوتين فهو بعيد، لأن الأصل في شركة الأبدَان أنها لا تجوز إلَّا على التعاون، وهما إذا افترقا في حانوتين فلم يتعاونا وإذا لم يتعاونا لم تجز الشركة فلا وجه لِقَول أشهب هذا، إلَّا أن يكون معناه أنهما يجتمعان جميعاً على أحد الأعمال ثم يأخذ واحد منهما طائفة من العمل فيذهب إلى حانوته فيعمل فيه لرفق يكون له في ذلك من سعة حانوته أو كثرة انشراحه أو قربه من منزله أو ما أشبه ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب القضاء العاشر

قال أصبغ: سألتُ ابن القاسم عن الشريكين المتفاوضين إذا ترك أحدهما عمل الشركة وَأَخَذَ مَالاً فعمل فيه فربح أو آجر نفسه أَلِصَاحِبِهِ من ذلك شيء؟ قال لي: لا أرى لصاحبه من ذلك شيء أو أراه كله له، وإنما هو رجل تعدى فترك العمل والشركة، فليس ذلك بالذي يوجب لصاحبه فيما ربح من ذلك شيئاً، قلتُ: أفترى لهذا المشتري المتعدي فيما ربح صاحبه الذي كان يعمل معه على الشركة شيئاً؟ قال: نعم أراه على ربحه في الشركة، قال أصبغ: لأن النُّقْصانَ يلزمه إذا تركه يعمل بالشركة فكذلك الربح له، قال أصبغ: قلت لابن القاسم أترى لهذا العامل في الشركة على الذي لم يعمل أجرةً إذا قاسمه الربح قدر ما تركه من العمل معه الذي كان يصيبه؟ قال: لا، قال أصبغ: لَا يُعجبني هذا وأرى ذلك له إذا حلف العامل أنه لم يعمل على التطوع له وعنه، وعلى مقاسمته إلَّا على العمل لنفسه خالصاً إذا اشتغل عنه وعلى أن يُطالبه بعمله وكفايته فإما لوجهين ادعاه وحلف عليه رأيت له به الأجرة على قدر الكفاية لنصف ما بَاشَرَ به من حينه ذلك وعلى وجهه خاصة، وليس على طول الشهور وعددها ولا السنين ولا الأيام إذا كان العمل والتجارة منقطعاً في حال ذلك إن شاء الله، وسئل عنها أشهب فقال ما

أرى ربح القراض ولا الأجرة التي آجر بها نفسه إلَّا بينهما أرأيت لو تسلف يعني مَالاً فعمل به فربح لكان ربحه بينهما.

قال محمد بن رشد: قولُ ابن القاسم في أحد الشريكين المتفاوضين يأخذ مالاً قراضاً فيربح فيه أيؤاجر نفسه إن ذلك له ولا شيء لشريكه فيه أظهرُ من قول أشهب أن ذلك بينهما، وقد بَيَّن ابنُ القاسم في الرواية وجه قوله بقوله: وإنما هو رجل تعدى فترك العمل إلى آخر قوله وأما أشهب فَوَجْهُ قوله أن كل واحد من الشريكين كأنه مستأجر لنصف عمل شريكه بنصف عمله هو، فكما يكون للذي عمل بالقراض الذي أخذه أو بالأجرة التي آجَرَ بها نفسه نصف عمل شريكه في مال الشركة فيستحق بذلك نصف الربح فكذلك يكون للشريك نصف عمله في القراض أو في الأجرةَ فيستحق بذلك نصف رِبح القراض إن كان فيه ربح أو نصف الأجرة التي آجر بها نفسه، ولا اختلاف في أن ربح مال الشركة الذي عمل به أحد الشريكين ما دام صاحبه يعمل في القراض الذي أخذه أو في الأجرة التي آجر بها نفسه بينهما نصفين واختلف إذا لم يكن للشريك الذي عمل بمال الشركة في ربح القراض ولا في الأجرة شيء على القول بأن ذلك للذي أخذ المال القراض وللذي آجر نفسه هل تكون له أجرة على الذي لم يعمل معه لانفراده بالعمل أم لا؟ فلم يَرَ ابن القاسم في هذه الرواية ذلك له، ورأى ذلك أصبغُ له بعد يمينه أنه لم يعمل على التطوع عن شريكه، وهذان القولان جاريان على أصل قد اختلف فيه قولُ ابن القاسم وهو السكوت هل يكون كالإِذن أم لا؟ فقول أصبغ في هذه المسألة مثل قول عيسى بن دينار من رأيه في آخر رسم القطعان من سماع عيسى من هذا الكتاب في الرجل يزرع في أرض بينه وبين شريكه أن عليه كراء نصف الأرض لشريكه بعد يمينه إن كان حاضراً خلافُ روايته عن ابن القاسم في أول سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق في الرجل يبني في أرض بينه وبين شريكه وهو حاضر أنه لا كراء عليه لشريكه في نصيبه، وذلك منصوص لابن القاسم في كتاب ابن المواز في مسألتنا بعينها، قال في شريكين خرجا إلى الريف فابتاعا طعاماً فقدم أحدهما الفسطاط فأخذ قراضاً فربح فيه، قال: ربحه له، وعليه للذي بالريف أجرة مثله فيما ولي بالريف في حصته يريد بعد يمينه كما قال أصبغ، وكما قال عيسى بن دينار في الكراء.

وقولُ ابن القاسم إن ربح مال القراض الذي عمل به لا يكون بين الشريكين إذا قال إنما عملت به لنفسي وكذلك الأجرة.

وأما لو قال إنما عملت بذلك على أن يكون الربح أو الأجرة بيني وبين شريكي

عوضاً عن عمل شريكي في مال الشركة لوجب أن يكون الشريك مخيراً بين أن يأخذ ذلك عوضاً عن عمله وبين أن يسلمه له ويتبعه بأجرة عمله في حصته.

ولو قال إنما عملت بذلك على أن يكون الربح والأجرة بيني وبينه على سبيل التفضل عليه لكان ذلك منه عِدَةً تجري على الاختلاف في وجوب الحكم بالعِدَةِ إذا كانت على غير سبب، فقيل إنها لا تلزم وهو المشهور، وقيل إنها تلزم، وهو ظاهر قول غير ابن القاسم في من المدونة لأنه جعل ذلك من وجه قول الرجل للرجل لك ما أربح في هذه السلعة، فله أن يقوم عليه بذلك ما لم يفت أو يذهب أو يفلس.

وقول أشهب في هذه الرواية أرأيت لو تسلف مالاً فعمل به فربح لكان ربحه بينهما ليس بحجة على ابن القاسم، إذ لا يسلم ذلك ولا يقول به، والذي يأتي على مذهبه في المدونة أن الربح له، وضمان السلف عليه، إلَّا أن يعلم بذلك الشريك ويعمل معه فيكون الربحُ بينهما، ويكون نصف المال سلفاً للشريك الذي استسلفه على شريكه، ولو عمل وحده بالمال الذي استسلفه على أن يكون الربح بينهما ويكون نصفُ المال له سلفاً عليه لما لزمه ذلك إلَّا أن يشاء إذ لا يلزم أحداً قبولُ معروف أحدٍ، ولو عمل بالمال الذي استسلفه وحده على أن يكون الربح بينهما على سبيل التفضل لَجَرَى ذلك على الاختلاف في لزوم العِدَةِ على غير سبب وبالله تعالى التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سئل ابنُ القاسم عن رجل وقف على رجل يشتري سلعة فوقف لا يتكلم حتى لما وجب البيع قال الرجل أنا شريكك، فقال المشتري لا أشركك وإنما قال له ذلك بعد وجوب البيع قال: يشركه إن شاء، وإن أبى أُلقي في الحبس حتى يفعل إذا كان إنما اشتراه ليبيعه إلَّا أن يكون اشتراه لمنزله أو ليخرج به إلى بلد آخر فلا يكون له في هذا شركة.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى القول عليها مستوفٍ في أول نوازل أصبغ ومن جامع البيوع فلا معنى لإعادته والقول فيه باختصار أن الشركة على مذهب مالك لازمه لأهل الأسواق فيما اشتروا للتجارة على غير المزايدة لِمَا كان من الطعام في سوق الطعام لأهل التجارة في ذلك النوع باتفاق، ولِمَا كان من غير الطعام وإن كان في سوق تلك السلعة أو في غير السوق وإن كان من الطعام أو لغير أهل التجارة في ذلك النوع باختلاف، وقولي في غير السوق أعني في بعض الأزقة، وأمَّا ما ابتاعه الرجل في داره أو حانوته فلا شرك لأحد معه مِمن حضر الشراءَ باتفاق.

فيتحصل في الطعام أربعةُ أقوال أيضاً أحَدها أن الشركة تجب لمن حضر البيع وإن لم يكن في السوق ولا كان من أهل التجارة بذلك النوع والثاني أنها لا تجب له إلَّا أن يكون ذلك بالسوق وأن يكون من التجارة بذلك النوع، والرابع الشركة تجب له وإن لم يكن من أهل التجارة بذلك النوع إذا كان ذلك في السوق، ومجموع المسألة خمسة أقوال، الأربعة التي ذكرناها والخامس الفرق بين الطعام وبين ما سواه من السلع ورأى مالك الحكم بالشركة في ذلك بين أهل الأسواق لنفي الضرر عنهم مخافة إفساد بعضهم على بعض بالزيادة عليه، ومما يشبه ذلك من منفعة العامة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أنْ يبيع حاضر لِبَادٍ [1]، فمنه أخذه مالكٌ والله أعلم، وهذا كله فيما اشترى للتجارة وأما ما اشترى لغير التجارة فالحكم بالشركة فيه باتفاق وبالله التوفيق.

مسألة:

وسأل عن رجل وقف لشراء سلعة فقال له رجل: أشركني، فقال له: نعم ثم قال إنما أشركتك بالربع أو بالثلث، قال القولُ قولُهُ مع يمينه إلَّا أن يكون أشركه ببينة، قيل له فإن قال له أشركتك ولم أرد ثلثاً ولا نصفاً ولا أقل ولا أكثر إلَّا أني قد أشركتك، فقال يكون له النصف.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى الكلام عليها مستوفٍ في رسم سن من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٢٨)، وأخرجه مسلم (٢٨٠٨)، وأخرجه الترمذي (١١٤١)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨٦)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٥٤)، وأخرجه ابن ماجه (٢١٦٦)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٦٦٩)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٧٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٨٩٥)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٥٦٥)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧١٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (٩٠٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠٩٠)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٩٦)، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني (٢٤٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٤٤٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٢٨٦)، وأخرجه الطبراني في معجمه الصغير (٤٦٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٨٧٦٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٧٣٦٢)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٠١)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٥٧٩)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٤٢٦٠)، وأخرجه البيهقي في بيان خطأ من أخطأ على الشافعي (٨٥)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٣١١٠)، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب (١٠٣٤)، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني (٢٢٩).

مسألة:

وقال في رجل قال لرجل اذهب فاشترِ مِن فلان بقرة عنده وأشركني فيها وانقدْ عني، قال: لا بأس به.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال إنه لا بأس بذلك لأنه أشركه ونقدَ عنه ففعل معه معروفين وقد مضى في رسم استأذن من سماع عيسى ما فيه بيان ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن عين بين نفر فكان لأحدهم السقي بالليل وللآخر السقي بالنَّهَارِ فأجري الماء في زرعه بالليل وترك زرع الذي له السقي بالليل قال: عليه قيمة ذلك الماء، ولا سقي له بالنهار، لأن سقي الليل ليس يشبه سقي النهار وسقي الليل أفضل إلَّا أن يكون له سقي بالليل فيعطيه سقية بالليل مكانها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة المعنى لا اختلاف فيها وهي ترد قول أصبغ في رسم البيوع العاشر من سماعه من كتاب السلم والآجال في سلف الماء أنه لا ينظر فيه إلى الأزمان ولا يعتبر بها فيه، فترد تلك إلى هذه ولا ترد هذه إلى تلك وقد مضى الكلامُ على قول أصبغ في موضعه مستوفٍ فلا وجه لِإعادته وبالله التوفيق.

تم بحمد الله تعالى وحسن عونه

والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً،

اللهم عونك.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الشفعة

من سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون

من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال سمعت مالكاً قال من باع شقصاً له في دار مشتركة فسلم بعض الشركاء وأبى بعضهم إلَّا أن يأخذ بشفعته إن ذلك له يأخذ جميع ما باع شريكه نصيبه ونصيب من سَلم من شركائه.

قال محمد بن رشد: أما إذا سَلَّمَ أحد الشفعاء بعدَ وجوبها له ولم يقل لك ولا له على وجه تركها وكراهة الأخذ بها فلا اختلاف ولا إشكال في أن لمن بقي من الشفعاء أن يأخذ حظه وحظ من سلم من شركائه.

وأما إن قال للمشتري قد سلمت لك شفعتي أو قال لمن سأله ذلك قد سلمت لك شفعتي فقد وقع لأصبغ في الواضحة أن تسليمه الشفعة له إن كان على وجه الهبة والعطية للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة إلَّا حظه وحظ من لم يسلم للمشتري وللمشري سهام المُسَلِّمِينَ، فإذا صح على قول أصبغ هذا للمشتري بالهبة حظ المسلم ولم يكن لمن سواه من الشفعاء أخذه فكذلك البيع على هذا القياس ينزل المشتري منزلة الشفيع للبائع الشفعة فلا يكون لمن سواه من الشفعاء شفعة إلَّا أن يكونوا بمنزلته فيكون لهم منها بقدر حظوظهم وعلى هذا تأول ابن لبابة روايةَ ابن القاسم عن مالك في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل شفعة قد وَجَبَتْ له ولا يهبها فقال معناه من غير المبتاع واستدل على تأويله برواية جلبها من كتاب الدعوى والصلح، قال يجوز أن يبيع شفعته من المُبْتَاع بعد وجوب صفقته قبل أن يستشفع ولا يجوز له بيعُ ذلك من غيره ومثل هذا حكى أيضاً عن مالك من رواية أشهب عنه أنه قال: ولا يجوز له أن يبيعها من غير المبتاع قبل أن يأخذ شفعته، واختار هو من رأيه أن لا يبيع الشفعة ولايهبها لا من المبتاع ولا من غيره وهو الصواب والروايات التي جلبها ليست بجلية لاحتمال أن يتأول على أنه إنما أراد بها أخذ العوض من المبتاع على تسليم الشفعة له بما يجوز له بعد وجوب الصفقة وسمي ذلك بيعاً لما فيه من شبهة البيع، وقولُ أصبغ بعيد شاذ في

النظر وحكى ابن لبابة أيضاً أنه رأى ابن الحسار يعقد لنفسه وثيقة شراء نصيب رجل من مال وما وجب له من الاستشفاع في نصيب كان بيع من ذلك المال قبل ذلك، قال فلما تمت الوثيقة قال لي هذه من غرائب النتيجات التي لا يعرفها والله غيرنا، يريدني ونفسه. فالذي يتحصل في هذا أنه لا يجوز للشفيع أن يهب ما وجب له من الاستشفاع لغير المبتاع ولا بيعه منه.

واختلف هل له أن يهب ذلك للمبتاع أو يبيعه منه أم لا على قولين، أحدهما أن ذلك جائز ويختص المشتري بما اشترى فلا يكون لغير البائع أو الواهب من الشفعاء عليه شفعة إلَّا أن يكون بمنزلته فيكون لهم منها بقدر حقوقهم والثاني أن ذلك لا يجوز وينفسخ البيع فيكون الشفيع على شفعته وينفسح أيضاً حكم الهبة فيمضي على حكم التسليم.

وأما بيع الشفيع نصيبَه الذي يستشفع قبل أخذه بالشفعة فلا يجوز باتفاق وكذلك هبته لا تلزم باتفاق وأما تسليم الشفعة بمال بعد وجوبها له فجائز باتفاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب حَلَفَ لَيَرْفَعَنَّ أمْراً إلَى السُّلْطَانِ

قال: وسئل مالك عن رجل باع نصف أرضه بأرض آخر أو زيادة دنانير أترى له شفعة؟ قال: نعم، ويكون عليه قيمة أرضه التي أخذها، قال: وقال ابن القاسم وقد كان يبلغنا من بعض إخواننا أنه كان من قول مالك وغيره من المدنيين أنه إذا علم أنه أراد المناقلة والسكنى ولم يرد وجه البيع ولم يكن يرضى أن يخرج من داره ويقعد لا دار له، وكان بعض المدنيين يذكر ذلك ويذكر عن ربيعة أنه لا شفعة في ذلك فكلمنا مالكاً وحاججناه بوجه السكنى وإنما أراد المناقلة ولم يكن ذلك منه على وجه البيع فلم يَرَهُ شيئاً وأنكره وكأنه قاله ورجع عنه، واتبع الحديث ورآه بيعاً من البيوع، وقال الشفعة فيه، قال وكذلك لو أعطاها امرأة في صداقها وإنما تَزَوَّجها لهواه فيها فأرى الشفعة فيها ولم ير الذي ذكر عنه شيئاً، قال ابن القاسم وهو رأيي وهو الشأن، قال مطرف وابن الماجشون الذي قال مالك لا شفعة فيه إنما ذلك في المناقلة بين الشركاء في المسكنين أو الحائطين أو في الأرضين يناقل أحدهم بعض أشراكه يعطيه حظه في هذه الدار وهذه الأرض وهذا الحائط يحط صاحبه في الدار الأخرى أو الأرض الأخرى أو الأَرْيَط الآخر فيصير حظه من ذَيْنِك الشيئين المفترقين في شيء واحد منهما، فهذه المناقلة التي قال مالك لا شفعة فيها للشركاء لأنه لم يرد وجه البيع إنما أراد التوسع

في حظه وجمعه لكي ينتفع به، وأما إذا ناقل بنصيبه من هذه المشتركة بدار أخرى أو أرض أخرى لا نصيب له فيها ولا حظ لكانت في ذلك الشفعة ولجرى مَجْرَى البيعِ وليس مجرى المناقلة، وسواء عامل بذلك بعض شركائه أو أجنبياً ممن لا شرك له معه.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة سئل مالك عن رجل باع نصف أرضه بأرض أخرى معناه نصف نصيبه بأرض أخرى وهذه مسألة فيها اختلاف ولها تفصيل، وتحصيل القول أنه لم يختلف قول مالك في أن في الشقص المبيع الشفعة إذا بيع بعين أو بعرض، فأما إن باع الرجل شقصه من شريكه أو من أجنبي بأصل أو شقص من أصل له فيه شرك أو لَا شرك له فيه فمذهب ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك أن في ذلك كله الشفعة، ووقع هنا ما ظاهره أن قول مالك اختلف في ذلك كله، وأنه كان يقول إذا عُلم أنه أراد المناقلة والسكنى ولم يرد وجه البيع إنه لا شفعة في ذلك، وأن بعض المدنيين كان يذكر ذلك وأنه قولُ ربيعة، فعلى هذا تكون المناقلة اختلف في وجوب الشفعة فيها في هذه الأربعة وجوه، وحكى العتبي عن مطرف وابن الماجشون أنهما قَالَا إن المناقلة التي قال مالك لا شفعة فيها إنما هي أن يبيع الرجل شقصه من شريكه بِشقص من أصل له فيه شرك، فيكون كل واحد منهما إنما أراد التوسع في حظه مما صار إليه من حظ شريكه عوضاً عَمّا عَاوضه به، فعلى هذا المناقلة إنما تكون في هذا الوجه الواحد من الأربعة الأوجه المذكورة وروى أبو زيد عن مطرف في الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما شقصه، من شريكه بشقص من أصل له مع شريك آخر أنه لا شفعة لهذا الشريك الآخر في هذا الشقص، لِأَنَّهُ لم يقصد به البيع وإنما أراد التوسع في حظه، وكذلك على قول مطرف هذا لو كانت دار بين ثلاثة نَفَرٍ فباع أحدهم حظه من أحد شريكيه بأصل فلا شفعة للشريك الثالث الذي لم يرد البيع وإنما أراد التوسع في حظة، فعلى قول مطرف هذا تكون المناقلة المختلف في إيجاب الشفعة فيها في ثلاثة وجوه، وأصله أنك متى وجدت أحد المتعاوضين في الأصول قد أخذ من صاحبه شقصاً فيما له فيه شقص فهي المناقلة التي لا شفعة فيها فعلى رواية مطرف وابن الماجشون أن المعاملة في الأصول لا تكون مناقلة وتسقط فيها الشفعة حتى يكون كل واحد منهما قد أخذ من صاحبه شقصا فيما له فيه شقص. وعلى ظاهر ما وقع في هذه المسألة من رواية ابن القاسم عن مالك أن المعاملة في الأصول كيف ما وقعت فهي مناقلة لا تجب فيها الشفعة على أحد القولين، ففي تعيين المناقلة المختلف في إيجاب الشفعة فيها ثلاثة أقوال على ما بيناه، وفي المدنية لابن كنانة أنه سئل عن ورثة بينهم

أرض هم فيها أشراك فقال رجل من الورثة للورثة أعطوني حقي في مكان واحد واجمعوا لي أرضي في ناحية واحدة فرضوا بذلك وفعلوا لم إن الشركاء في الأرض أرادوا الأخذ بشفعتهم وقالوا قد بعت قال: يحلف الذي جمعت له أرضه في مكان واحد بالله ما أردت بيعاً وما أردت إلَّا أن يجمع لي أرضي في مكان واحد فإذا حلف احتبس أرضه ولم يكن لأولئك فيها شفعة، قال عيسى قال ابن القاسم لا شفعة فيه وقول ابن القاسم هو الصحيح وأما قول ابن كنانة فهو بعيد لأن ذلك ليس ببيع وإنما هي قسمة وليس لأحد المتقاسمين على صاحبه شفعة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن أخوين وَرِثَا دارين فباع أحدهما أحد الدارين فعلم أخوه الذي لم يبع فقال أنا آخذ هذه الدار التي بعت بشفعتي وأقَاسِمُكَ الأخرى، فقال له الذي باع ليس لك ذلك ولكن أقاسمك الدارين فإن تقع الدار التي بعتَ لي نفذ بيعي وإلَّا تقع لي بطل بيعي وتكون لك قال مالك ليس ذلك له وأرى أن يأخذها أخوه بشفعته فيها ويقاسمه الأخرى وليس له أن يأبى ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في آخر كتاب الشفعة من المدونة في الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما طَائِفَةً منها بعينها ولا اختلاف فيها عندي من أجل حقّ المشتري، بخلاف مسألة أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق في أرض بين الرجلين يَبْني أحدهما فيها بُنياناً وشريكُهُ غائبٌ أنهما يقتسمان الأرض فإن كان بنيانه فيما صار له من الأرض كان له وكان عليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب صاحبه، وإن كان البنيان والغرس في نصيب غيره خُيِّرَ الذي صار له في نصيبه بين أن يعطيه قيمته منقوضاً وبين أن يسلم إليه نقضه ينقله ويكون له أيضاً من الكراء على الباقي بقدر ما انتفع به من مصابة صاحبه الغائب لأن ذلك إنما يكون إذا اختلفا في القسمة فدعا إليها أحدهما ودعا أحدهما إلى أن يحكم بينهما في الغرس والبناء قبل القسمة حسبما ذكرناه هناك فيدْخل في تلك الخلاف من هذه ولا يدخل من هذه الخلاف في تلك من أجل حقّ المبتاع لأنه قد يقول وجب لي حظ البائع من الدار فليس لكما أن تقتسما قبلُ مَخَافَةَ أن تصير الدار لغير البائع فيبطلِ جميعِ شِرَائي فالواجبُ أن يأخذ الشريكُ نصفَ الدار بالاسْتِحْقَاقِ ونصفها بالشفعة إلَّا أن يتفقا على القسمة قبل ويرضى بذلك المبتاع فيجوز وبالله التوفيق.

ومن كتاب البزِّ

وسئل مالك عن رجل باع شركاً له في دار فأقام شريكُهُ تسعةَ أشهر ثم طلب أن يأخذ بالشفعة أترى ذلك به؟ قال: نعم مَا تِسعةُ أشهر عندي بكثير، وإني أرى أن يحلف بالله ما كانت إقامتُهُ تركاً لشفعته ويأخذ شفعته في هذا إلَّا أن يأتي من ذلك ما يطول زمانه.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في المدونة في التسعة الأشهر والسنة لأنه لم ير السنة فيها كثيراً ولو قام بعد الشهر أو الشهرين لم يكن عليه يمين على ما قال في رسم الشجرة بعد هذا إلَّا أن يكون قد كتب شهادته في عقد الشراء فيلزمه اليمين إن قام بقرب ذلك بعد العشرة الأيام ونحوها على ما قاله بعد هذا في رسم باع، ولو كتب شهادته في عقد الشراء ولم يقم إلَّا بعد شهرين لم يكن له شفعة.

فتحصيل هذه المسألة أنه إن لم يكتب شهادته وقام بالقرب مثل الشهر والشهرين كانت له الشفعة دون يمين، وإن لم يقم إلَّا بعد السبعة أو التسعة أو السنة على ما في المدونة كانت له الشفعة بعد يمينه أنه لم يترك القيامَ راضياً بإسقاط حقه، وإن طال الأمر أكثر من السنة لم تكن له شفعة، وأما إن كتب شهادته وقام بالقرب أو العشرة الأيام ونحوها كانت له الشفعة بعد يمينه، وإن لم يقم إلَّا بعد الشهرين لم يكن له شفعة وإذا قال لم أعلم بالشفعة فالقولُ قولُهُ مع يمينه، وإن كان حاضراً بالبلد وإن كان بعد أربع سنين، قاله ابن عبد الحكم.

وقد اختلف في الحد الذي تنقطع فيه شفعة الحاضر بمجرد السكوت بعد العلم بالبيع على أربعة أقوال أحدها أن حده السنة وهو قول أشهب وروايته عن مالك والثاني قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة أن السنة قليل ولا ينقطع إلَّا فيما فرق السنة والثالث قول مطرف وابن الماجشون أنه على شفعته ما لم يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك أو يتركها طوعاً منه ويشهد بذلك على نفسه أو يمضي من طول الزمان ما يدل على أنه كان تركاً له والخمس سنين قليل إلَّا أن يُحدث المشتري فيها بنياناً أو عرشاً فتنقطع شفعته في أقل من ذلك، فكأنهما رأيا الحد في ذلك ما تكون فيه الحيازة، والرابع أنه على شفعته وإن طال ما لم يصرح بتركها روى ذلك عن مالك وهو مذهب الشافعي وأبو حنيفة يقول بضد ذلك إن الشفعة إنما هي الوقوف فإن لم يقم بشفعته ساعةَ عَلِمَ بالبيع فلا شفعة له، وهو قول خامس في المسألة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: تأخير صلاة العشاء في الحَرَسِ

وسئل مالك عن أربعة إخوة باع أحدهم نصيبه من دار لهم فسلم إخوتُهُ للمشتري ما اشترى أتراه شفيعاً معهم إذا باع أحد منهم؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال وهو مما لا أعلم فيه اختلافاً لأن المبتاع يحل مَحَلَّ بائعه، واختلف لو كان المبتاعون لِسَهْم الواحد جماعةٌ فباع أحدهم حظه فقال ابن القاسم لا يكون أشراكه أحقَّ بالشفعة من أشرَاك البائع منهم، وقال أشهبُ أشراكُهُ أحقُّ بالشفعة من أشراك البائع لأنهم كأهل سهم واحد وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله: كتب عليه ذكر حق

وسئل مالك عن حائط بين رجلين تصدق أحدهما بنصيبه على قوم وعلى عقبهم ما عاشوا، ثم إن الشريك باع نصيبه فأراد أهل الصدقة أن يأخذوا حصة شريكهم بالشفعة، قال مالك: ليس لهم في مثل هذا شفعة، إنما هي صدقة فما أرى الشفعة تكون في الصدقة، قال: وسمعتُهُ يقول غيرَ مرة: قال ابن القاسم وبلغني عن مالك أنه قال إذا أراد صاحب المتصدق أن يأخذ بالشفعة لم يكن ذلك له إلَّا أن يلحقه بالحُبُس فيكون ذلك له.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن أهل الصدقة أرادوا أن يأخذوا بالشفعة لأنفسهم مِلْكاً فلذلك لم ير لهم شفعة ولو أرادوا أن يأخذوا بالشفعة ليلحقوها بالحُبُس لكان ذلك لهم، وكذلك لو أراد المحبس أن يأخذ بالشفعة لنفسه لم يكن ذلك له ولو أراد أن يأخذ بها يلحقها بالحبس كان ذلك له، وعلى قياس هذا لو أراد رجل أجنبي أن يأخذ بالشفعة للحبس لكان ذلك له، وهذا على القول بأن من تصدق على رجل وَعَقِبِهِ بعقار ما عاشوا فإنها لا ترجع للمُحَبِّس بحال أبداً وَتَكُونُ مِلكاً لآخر العقب على ما روى أشهب عن مالك في كتاب الحبس أو يرجع بمرجع الأحباس على ما حكاه ابن عبدوس وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة وأما على القول بأنه يرجع إلى المحبس ملكاً بعد انقراض المتصدق عليه وعقبه فَلِلْمُحبِس أن يأخذ بالشفعة لنفسه على ما حكى ابن حبيب عن مطرف من أن الحبس إذا كان له مرجع إلى المحبس فالشفعة له مَالٌ من مَالِهِ وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع غلاماً

وسئل مالك عن رجل باع شقصا له في أرض وشفيعه حاضر وشهد فيها ثم إنه بدا

له بعد عشرة أيام ونحوها أن يأخذها بالشفعة قال أرى ذلك له وأشد ما عليه أن يحلف بالله ما كان ذلك منه تركاً لشفعته ثم يأخذ ماله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم البز قبل هذا فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل عن قوم لهم ثمرة حائط صدقة فأراد رجل ممن له أصل في ذلك الحائط أن يبيع أترى لهم شفعة؟ قال: لا شفعة لهم، وإنما الشفعة لمن كان له أصل مال، قال مالك: ولو كان المحبِّس حياً وأراد أن يأخذ بالشفعة ليلحق ذلك بحبسه كان ذلك له، وإن لم يكن يريد أن يلحقه بحبسه فلا شفعة له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم كتب عليه ذكر حقّ فلا معنى لإعادته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب الشجرة

وسئل عن الشريكين في الدار يبيع أحدهما نصيبه فيقيم شريكه شهراً أو شهرين لا يطلب ثم يريد أخذها، قال: ذلك له ما لم يتطاول ذلك، قلت له أفترى الشهرين قريباً؟ قال: نعم قلت له أفيحلف أن إقامته ما كانت تَركاً لذلك، قال لا أرى عليه في مثل هذا يميناً إِلَّا أن يأتي من ذلك ما يُسْتَنْكَرُ من تباعد ذلك فأرى أن يحلف.

قال محمد بن رشد: قد مضى تحصيل القول فيها في رسم البز قبل هذا فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون

قال سحنون قال أشهب وابن نافع: سئل مالك عمن ابتاع شركاً له في مال قيمته عند الناس عشرون ومائة درهم ثم زعم المشتري أنه ابتاعه بمائتي درهم وزعم البائع ذلك أيضاً فأراد الذي له الشفعة أن يحلف البائع أو المبتاع، وزعم أنه إنما أراد أن يقطعا عليه شفعته ولم يأت على ذلك ببينة، قال ذلك في الأثمان مختلف لحاجتهم أما إذا كان المشتري السلطان أو الشريك في المال والجديد فيه أو الجار فإن هؤلاء ربما بالغوا في إعطاء الثمن لحاجتهم إلى ذلك وخفة مؤنته عليهم لقدرة السلطان وخفة الشأن عليه، ولرغبة الجديد فيه والجار في ذلك وَلِكَرَاهِيَة أن يشاركه أحد فيه أو يجاوره، فإذا كان هذا فلا أرى على أحد يميناً، لأن بعض هؤلاء قد يشتري المال لهذا

الأمر بأضعاف ثمنه، وأما إذا كان على غير هذا من الأمر الذي وصفت لك واشترى ذلك بما لا يعرف من الثمن فإني أرى على المبتاع اليمين بالله الذي لا إله إلاّ هو لقد ابتاعه بهذا الثمن ولا أرى على البائع يميناً لأنه لو أبى أن يحلف لم يكن عليه في ذلك شيء، وإنما اليمين على المبتاع إذا لم يكن على ما وَصَفْتُ لك واشترى من الثمن ما يُسْتَنْكَرُ ولا يعرف.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة كان الشيوخُ يحملونها على أنها خلاف لما في المدونة، لأنه قال فيها القولُ قولُ المشتري ولا يمين عليه إلَّا أن يأتي بما لا يشبه، وقال في المدونة القولُ قولُ المشتري يريد مع يمينه إلَّا أن يأتي بما لا يشبه فيصدق ويكون القول قول الشفيع، وليس ذلك بصحيح، لأن معنى رواية أشهب هذه أن الشفيع لم يحقق الدعوى على المشتري ولا ادعى معرفة الثمن، وإنما أراد أن يحلفه بالتهمة فلم يوجبها عليه إلَّا في الموضع الذي تظهر فيه التهمة وهو أن يأتي بما لا يشبه من الثمن، وذلك بين من سياقة المسألة، ومعنى ما في المدونة أنهما اختلفا في الثمن وحقق كل واحد منهم الدعوى فيه على صاحبه، فوجب أن يكون القولُ قولَ المشتري إذا أتى بما يشبه فإن لم يأت بما يشبه كان القول قول الشفيع إن أتى بما يشبه فإن لم يأت بما يشبه حلفا جميعاً على دعواهما، وكانت له الشفعة بالقيمة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القولُ قولَ الحالف وإن أتى بما لا يشبه، لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه، ولا اختلاف عندي في هذه المسألة إذا اختلفا في الثمن وحقق كل واحد منهما الدعوى على صاحبه، وأما إذا لم يحقق الشفيعُ الدعوى على المشتري وأتى المشتري بما يشبه فقيل إنه لا يمين عليه، وهو قول مالك في هذه الرواية، وقيل القول قوله مع يمينه إلَّا أن تكون على ذلك بينة بتعاور البائع مع المشتري على ما ادعاه، وأما إن أتى بما لا يشبه فقيل القول قولُهُ مع يمينه والشفِيعُ بالخيار إن شاء أخذ بذلك وإن شاء ترك، وهو قول مالك في هذه الرواية، وقول مطرف في الواضحة، وقيل إن الشفيع بالخيار إن شاء أن يأخذ بالقيمة أخذ لأن المشتري يتهم على تغيب الثمن لقطع الشفعة إلَّا أن تكون له بينة على مشاهدة الصفقة والنقد، فيكون الشفيع مخيراً بين أن يأخذ بذلك أو يترك، وهو قول سحنون، ولا تأثير للبينة في هذا على تعاور البائع مع المشتري على الثمن الذي ادعاه، قاله ابن حبيب في الواضحة، ولا يمتنع عندي أن يكون له شاهد يحلف معه إذا كان عدلاً ولم يتهم في شهادته على ما قاله ابن القاسم في أول سماع أبي زيد في مسألة اللؤلؤ إذ لا تهمة عليه في شهادته له، وإنما كان يتهم

لو شهد للشفيع على المشتري لأنه يقلل العهدة على نفسه فيما يستحق من الشقص أن استحق منه شيء، وإذا اختلفا المتبايعان في ثمن الشقص فَتَحَالَفَا وتَفَاسَخَا لم يكن للشفيع شفعة، ويشبه أن يكون له الشفعة إذا رضي أن تكون عهدته على البائع، لأنه يقر أن الشقص للمشتري، واختلف إن نكل المشتري وحلف البائع فقيل يأخذ الشفيع إن شاء بالثمن الذي حلف عليه البائع، وقيل بل يأخذ بالثمن الذي أقر المشتري أنه اشتراه به، ولِكِلَا القولين وجه، والأظهرُ ألا يكون للشفيع أن يأخذ إلَّا والثمن الذي حلف عليه البائع وأخذه، ولا إشكال إذا حلف المشتري ونكل البائع في أنه يأخذ بما حلف عليه المشتري وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك هل في الثمرة شفعة؟ فقيل أفي رؤوس النخل هي؟ فقيل: نعم، قال فيه الشفعة، وإنما تكون الشفعة في الأرض وفي كُل ما أنبتت الأرضُ، وسئل هل في الزرع شفعة؟ قال: لا إن كان قَبْلَ أن يحل بيعه، فهذا لا يصلح، وإن كان بعد أن يبس واستحصد وحل بيعه فلا يصلح أن يقتسماه إلَّا بكيل ولا تكون الشفعة في مثل هذا وليس هذا مثل الأول.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله في أول هذه المسألة وإنما تكون الشفعة في الأرض وفي كل ما أنبتت الأرض أن في الزرع الشفعة خلاف ما نص عليه بعد ذلك، وفي المدونة من أنه لا شفعة في الزرع وفي تعليله سقوط الشفعة في الزرع ها هنا وفي المدونة بأن بيعه لا يجوز حتى ييبس فإذا يبس لم يصلح أن يقتسم إلَّا بالكيل ما يدل على أن الشفعة تجب فيه إذا بيع بعد أن أَفْتَرَكَ وقبل أن ييبس على مذهب من يجير ذلك من أهل العلم أو يرى العقد فيه فوتاً إذا وقع من أصحابنا أو إذا بيع مع الأصل بعد أن نبت، لأنه قد وقع عليه حصته من الثمن، وقد قيل إن الشفعة فيه إذا بيع مع الأصل قبل أن ينبت لأنه قد وقع عليه حصة من الثمن، وقد قيل إن الشفعة فيه إذا بيع مع الأصل قبل أن ينبت لأنه قد وقع عليه حصته من الثمن على كل حال لما فيه من البذر الذي قد أخرجه البائع من عنده بخلاف الثمرة إذا بيعت مع الأصل قبل أن تؤبر لأنها إذا لم تؤبر فلم يقع عليها حصة من الثمن فإنما يأخذها الشفيع بالشفعة على مذهب ابن القاسم ما لم تجد من جهة الاستحقاق لا من جهة الشفعة، فاختلاف قول مالك في إيجاب الشفعة في الزرع على أصل قد اختلف فيه قولُهُ اختلافاً واحداً وهو ما كان متشبثاً بالأصول ومتصلاً بها كالثمرة والكراء ورقيق الحائط إذا بيعوا مع الحائط

والرحا إذا بيعت مع الأصل والماء، والنقض إذا بيعا دون الأصل فمرة قال مالك في ذلك كله الشفعة لتعلقه بأصل ما فيه الشفعة، ومرة قال إن ذلك كالعروض المنفصلة من الأرض فلا شفعة فيها، وفي قوله أيضاً إن الشفعة في كل ما أنبتت الأرض دليل ظاهر من جهة العموم أن الشفعة واجبة في القول، وسيأتي القول على ذلك في آخر سماع أبي زيد إن شاء الله وبه التوفيق.

ومن كتاب أوله مسائل بيوع

وسئل عمن باع شقصاً في حائِط غَائِبٍ فقال الشفيع حتى اذهب فأنظر إلى شفعته وهي ليست معه في القرية، قال ليس ذلك له فراجعه السائل، فقال إن كان الحائط على ساعة من نهار فذلك له وإلا فليس ذلك له يخرج فيقيم أيضاً عشرة أيام ثم يجيء.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في كتاب ابن المواز وظاهِرُ ما في المدونة من أن الشفيع إنما يؤخر في النقد لا في الارْتِيَاءِ في الأخذ، وهو مثل ما في هذا السماع من كتاب الإيلاء في المُولى يُوقَفُ أنه ليس له في ذلك أجل يترك إليه لينظر، وإنما هو في مجلسه ذلك، ومثل ما في كتاب النكاح الثالث من المدونة في الزوجين المجوسين يسلم الزوج فيعرض عليها الإسلام أنه يُفَرِّقُ بينهما إن لم تسلم ولا تؤخر، بخلاف إذا غفل عن عرض الإسلام عليها ومثله المملكة يوقفها السلطانُ أنها لا تؤخر لتستشير وتنظر وهو عُذر للشفيع يغيب عنه الحائط وأن كان لم يره أو كان قد رآه وطال عهده به وصف كما توصف الأرض والدار الغائبة، وقد قال ابن عبد الحكم في المختصر يؤخر الإمام اليومين والثلاثة يستشير وينظر، قاله والله أعلم قياساً على استتابة المرتد وعلى حديث المصراة، ولا يبعد دخول هذا الاختلاف في هذه المسائل كلها لقرب معانيها، والأصل في الثلاثة الأيام في هذه المعاني قول الله عزّ وجل: ﴿فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أيام ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ﴾ [هود:٦٥] ومنه أخذ القضاة التلوم ثلاثة أيام بعد الآجال ومنه استظهار الحائض بثلاثة أيام وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسئل عن الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما نصيبه وشريكه مفلس فيقول له رجل من الناس خذ بالشفعة وأنا أربحك كذا وكذا فأخذ بالشفعة فيسلم إليه الشفعة فيعطيه الذي أربحه فيظهر بعدُ على أنه أخذها لغيره ويقر بذلك ويقول: لم يكن لي شيء وقال لي هذا الرجل خذه ولك كذا كذا، فقال مالك أما أصل البيع فلا يجوز، ولكن من أين يعلم هذا أنه قال له ذلك؟ فقيل له يقر بذلك صاحب الشفعة، فقال ليس

إقراره بشيء ولكن لو ثبت ببينة أو أمر ثابت رأيتُ أَنْ يرد في رأي المشتري لأنه إنما أخذ الشفعة لغيره ولكن كيف يُعلم هذا وإذا عُلِمَ رد.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه ليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة لغيره، لأن الحقّ إنما هو له لدفع الضرر عن نفسه، قيل ضرر الاشتراك وقيل ضررُ القسمة، وكذلك ليس له أن يأخذ بالبيع، وقد قالوا في المديان إن له أن يأخذ بالشفعة فيباع لغرمائه، وفي ذلك نظر، لأنه إنما يأخذ للبيع وقد استحسن أشهب ألَّا يكون ذلك، وأما المريض فإنه يأخذ بالشفعة ولا اعتراض في ذلك، وإن كان أخذه في هذه الحال إنما هو لورثته لأنه إن لم يأخذ ذلك في مرضه كان لهم أن يأخذوه لأنفسهم بعد موته وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت لمالك أرأيت الذي يوصي في حائط له لقوم بثلثه أو بسهم منه معلوم أو أجر معلوم فيبيع بعضهم؟ فقال إذا باع بعضهم فشركاؤه في ذلك الثلث أو ذلك السهم أحقّ بالشفعة فيما باع شريكهم فيه من أهل الحائط.

قال محمد بن رشد: قولُ مالك هذا في رواية أشهب عنه أن الموصى لهم أهل سهم واحد مثلُه في كتاب ابن المواز وحكاه عن أشهب وابن عبد الحكم وحكاه الفضل عن عيسى بن دينار وابن القاسم بجعلهم كالعصبة فيرى للورثة الدخول معهم، وعلى هذا الاختلاف يختلف في الموصى له بجزء يَطْرَأُ على الورثة فقيل إنه بمنزلة طُرُوّ الغريم على الورثة، وإلى هذا ذهب ابن حبيب وهو على قياس قول ابن القاسم، وقيل إنه بمنزلة طروّ الوارث على الورثة، وهو مذهب ابن القاسم، وذلك يرد قولَه أن المُوصَى لهم ليسوا بأهل سهم وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت أرأيت العصبة يرثون ما بقي من المال أيكونون أحقّ بالشفعة بينهم؟ فقال: لا.

قال محمد بن رشد: قد روي عن مالك في العصبة أنهم أهل سهم وهو بعيد لم يأخذ به ابن القاسم وراءه خطأً وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن ابتاع من رجل شقصا له في أرض ثم يأتي إلى الشفيع فيقول له إني ابتعت أرضاً لفلان فإن كان لك بالشفعة حاجة فخذها، فيقول بكم ابتعتها فيقول بألف دينار فيقول الشفيع ليس هذا ثمنها ولقد اشتريتها بأقل من هذا فاحلف لي لقد اشتريتها

بهذا الثمن على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: ذلك يختلف، أما في الثمن الكثير المتفاوت إذا علم أنه ليس ثمنها فإن على المشتري أن يحلف لقد اشتريتُها بذلك، ولا أرى على البائع يميناً، والمشتري هو الذي له الأرض والذي يؤخذ منه بالشفعة، فأري عليه اليمين على منبر الرسول صلى الله عليه وسلم، وإنما يكون ذلك عليه واجباً إذا جاء بما لا يشبه ثمن الأرض.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام فيها مستوفٍ في أول السماع فلا معنى لإعادته وبالله تعالى التوفيق.

مسألة:

قال وسئل عن الذي يشتري البقعة فيبني فيها ويعمر فيأتي من يستحقها بشفعة فيقول الثاني أعطني ما أنفقتُ، فقال: ليس إلَّا قيمة ما بنى يوم يأخذ الرجل بالشفعة بَنَى بُنْيَانَهَا فانهدم أو فسده المطر أو مال أو انكسر أو خرب.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في سماع أشهب من كتاب الاستحقاق فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع الأول

وسئل عن رجل كانت له أرض مشتركة مع قوم فأفلس وعليه دين فبيعت الأرض فيه يريد بأمر السلطان هل فيها شفعة؟ قال: نعم، وليس السلطان يقطع الشفعة.

قال محمد بن رشد: أشهب يستحسن ألَّا يكونَ في هذا شفعة، وقد مضى القول على هذا في الرسم الذي قبل هذا والله الموفق.

من سماع عيسى من ابن القاسم

من كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

قال عيسى: سألت ابن القاسم عن الثمرة هل فيها شفعة؟

قال: نعم قلت فإن أصابت الثمرةَ جائحةٌ هل يرجع آخذ الشفعة على بائع الثمرة بشيء؟ قال: نعم، قلت فعلى من يرجع أعلى شريكه الذي باع منه أو على آخذ الشفعة من يديه؟ قال: على الذي أخذها من يديه، قال عيسى: ويرجع المشتري على البائع.

قال محمد بن رشد: قوله في الثمرة إن فيها الشفعة يريد ما لم تيبس فهو نص قوله في المدونة ودليل قوله ها هنا إذا قال إن الجائحة فيها إذْ لو كان من مذهبه أن الشفعة فيها وإن يبست ما لم تجد ما أطلق القول بوجوب الجائحة فيها، ولقال إن الجائحة

تجب فيها إذا استشفعها قبل أن تيبس وقد قال ابن القاسم إن فيها الشفعة وإن يبست ما لم تُجَدِّ إذا اشتراها مع الأصول بعد الطياب، ولا فرق بين المسألتين فهو اختلاف من قوله مَرَّة رأى في الثمرة الشفعة ما لم تيبس، ومرة رآهَا فيها ما لم تجد وقوله عندي ما لم تجد أو ما لم يزبب على ما قاله في المدونة معناه ما لم تبلغ حدّ جدادها للتيبيس أو التزبيب إذ لا تيبس الثمرة في أصولها حتى تجد منها، فالمعنى على ذلك في هذا القول أن الشفعة فيها ما لم يجد جدادها للتيبس إن كانت مِمَّا ييبس أو للأكل خَضْرَاءَ إن كانت مما لا ييبس وكذلك قال ابن كنانة في المدنية أن الشفعة في الثمرة ما لم تيبس، وقوله الثاني إن الشفعة فيها وإن حانَ جَدَادُها ما لم تجد.

وقوله في الرواية إن الجائحة فيها صحيح على المشهور في المذهب من أن الأخذ بالشفعة ينزل منزلة البيع فيما يختص به من الأحكام ويأتي على مذهب من ينزله في ذلك منزلة الاستحقاق أنَّ جائحة فيها.

وأما قوله إنه يرجع بالجائحة في الثمرة على المشتري الذي أخذها من يديه فهو صحيح على المنصوص في أن عهدته عليه، وقد وقع في من المدونة ما يدل على أنه مخير في كتاب عهدته على من شاء منهما، وهو بعيد في النظر لا يحمله القياس، لأن الشفعة لا تخلو من أن يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق، فإن حكم لها بحكم البيع وهو الأظهر كانت العهدة على المشتري، والرجوع بالجائحة عليه، وهو مذهب ابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة إِنْ أَخَذَ الشَّفيعُ الشقص من يد البائع فالعهدة عليه وإن أخذه من يد المبتاع فالعُهدة عليه، وقول مالك أظهر الأقوال، لأن البيع لم ينفسخ فيما بين البائع والمشتري، فالحق إنما هو واجب للشفيع على المشتري بإيجاب النبي عليه السلام ذلك له عليه، ووجهُ قول ابن أبي ليحيى أن الأخذ بالشفعة استحقاق فينتقض البيع ويأخذ الشقص من البائع بما باع به. فيدفع الثمن إليه إن كان لم يقبضه من المشتري، وإن كان قد قبضه منه دفعه إلى المشتري، لأن الواجب أن يرد إليه إذا انتقض البيع، ووجه ما وقع في من الدليل على أن الشفيع مخير في كتاب عهدته على من شاء منهما أنه بالخيار بين أن يجيز البيعَ فتكون عهدته على المشتري على حكم البيع وبين أن ينقض البيع فتكون عهدته على البائع على حكم الاستحقاق، وقول عيسى بن دينار إن المشتري يرجع على البائع بما يرجع به الشفيع عليه من الجائحة صحيح مفسر لقول ابن القاسم، لأنه حقّ لكل واحد منهما على صاحبه ولو وجد الشفيع المشتري عديماً لكان من حقه أن يرجع على البائع لأنه غريم

غريمه وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَاب أَسْلَمَ وَلَهُ بَنُونَ صِغَارٌ

وسئل عن الرجل يكون له شريك في أرض مبهمة فيغيب عنه فيبيع شريكه سهمه ثم يبيع الشريك الغائبُ وهو لا يعلم ببيع صاحبه هل يكون له أن يأخذ بالشفعة؟ قال: ذلك له ويكتب عهدته على الذي يعطيه الدنانير ويأخذها من يديه.

قال محمد بن رشد: قولهُ في أرض مبهمة يريد غير معينة ولا محوزة إلَّا أنها معروفة بالتسمية قد رَآها المشتري أو وُصفت له إذ لو كانت غير معينة ولا محوزة ولا معروفة بالتسمية لما جاز بيعها ولا بيع جزء منها وفي قوله وهو لا يعلم ببيع صاحبه دليلٌ على أنه لو علم ببيع صاحبه لم تكن له شفعة وإن كان دليلاً فيه ضُعف إذ لم يقع ذلك في الجواب وإنما وقع في السؤال فالمعنى يؤيده لأنه إذا باع حقه بعد أن علم ببيع شريكه حظه فقد رغب عن المبيع، وأما إذا باع حظه قبل أن يعلم ببيع شريكه حظه فمن حجته أن يقول إنما بعتُ حظي لزهادتي فيه لقلته، ولو علمتُ أن شريكي باع لما بعت حظي وَلأَخَذت بالشفعة، وهذا بين، ففي المسألة ثلاثة أقوال أحدها هذا والثاني أن له الشفعة وإن باع حظه بعد أن علم ببيع شريكه حظه وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى عنه بعد هذا في رسم الصبرة وأحد قولي مالك والثالث أنه لا شفعة له إذا باع حظه وإن لن يعلم البيع شريكه وهو أحد قولي مالك وظاهر ما في من المدونة لابن القاسم لأنه قال فيه فيمن باع شقصا بخيار ثم باع صاحبه بَيْعَ بَتٍّ أن الشفعة للمشتري بالخيار على مشتري البت إن اختار إمضاء الشراء، ووجه قوله أن بيع الخيار إذا أمضى فكأنه لم يزل ماضياً لمشتريه من يومِ عقده وصار ملكاً له بالشراء قبل بيع البتل، فلم يبع بائع البتل سهمه على هذا التعليل إلَّا بعد وجوب الشفعة له فيما بيع بالخيار، فلو كان من مذهبه أن يبيع الشفيعُ سهمه بعد وجوب الشفعة لا تسقط شفعتُهُ لأوجب لبائع البتل الشفعة على مشتري الخيار وَلَمَا كان لمشتري الخيار شفعة على مشتري البت حتى يعرض الشفعة على بائع البت فيتركها على ما روى يحيى عن ابن القاسم في رسم الصبرة بعد هذا أن الشفعة للبائع الثاني فيما باع الأول حتى يترك البائع الثاني فيجب للمشتري من البائع الأول على المشتري من البائع الثاني. فإن باع بعض حظه على قياس هذا القول كان له من الشفعة بقدر ما بقي من حظه وقع اختلاف قول مالك في هذا في كتاب ابن عبدوس حكى عن أشهب أنه قال اختلف قولُ مالك فيه، فمرة قال إنَّ الشفعة لا تسقط عنه ببيع نصيبه، ومرة قال إنما تجب له الشفعة ما كان الشقص

الذي به يستشفع في يديه، فإذا زال من يديه قبل الآخر سقطت شفعته، وقال أشهب أحب إليّ ألا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه، لأنه إنما باع راغباً في البيع وإنما الشفعة للضرر، فلم يَرَ له شفعة في ظاهر قوله أصلاً إذا باع بعض نصيبه، فهو قول رابع في المسألة، وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع إلّا أن تبقى له بقيةٌ أخرى وقوله إلّا أن تبقى له بقية أخرى فيكون له من الشفعة بقدر ما بقي، فيكون قولُه مثل أَحَدِ قولي مالك وظاهر ما في المدونة، ويحتمل أن يريد إلّا أن تبقى له بقية أخرى فيأخذ جميع شفعته بقدر حظه كله ما باع منه وما بقي فيكون ذلك قولاً خامساً في المسألة، وأظهرُ هذه الأقوال كلها الفرق بين أن يبيع وهو عالم ببيع شريكه حظه أو غير علم وبالله التوفيق.

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

وسئل عن رجل تصدق بحظه في قرية مبهمة على أخت له وقال: إني قد كنت أصبت من مورثها مالاً فسهمي عليها صدقة لِمَا أصبت من مالها ولا يعلم ما أصاب من مالها فأراد الشركاء الأخذ بالشفعة أَلَهُم ذلك؟ أم هل يجوز قولُه إني أخذت من مالها أو تجوز لها الصدقة بما أخذ من مالها فيما يزعم على غير حوز حتى هلك؟ قال ابن القاسم: ذلك لها ولا أرى لأحد فيها شفعة لأن أصل الثمن لا يعرف، لأن مالكاً قال لنا ما طال من الشفعة حتى نسي ثمنه ولم يُرَ أن صاحبه أخفى ذلك لقطع الشفعة فلا شفعة له فيه إذا أتى من يطلبه ولا حوز عليها في ذلك الحظ لأن ذلك الحظ إنما صار لها على وجه اشتراء، فلا حوز فيه، وسئل سحنون عن رجل تصدق بحظ في قرية مبهمة على أخت له وقال إني قد كنتُ أصبتُ من مورثها مالاً فسهمي عليها صدقة لما أصبت من مالها ولا يعلم ما أصاب من مالها فأراد الشفعاء الأخذ بالشفعة أَلَهم ذلك؟ فقال: الصدقةُ لها ولا أرى لأحد فيها شفعة لِأنه ليس بيعاً ولا مطالبة إنما هو تمنح من شيء لا يطلبه المقر له ولا يعرفه، فلو كان عن طلب من المقر له أو تدع فصالح عنه أنزل منزلة البائع وأخذ الشفعة بالقيمة إذا لم يسم الذي أصابه من مورثها.

قال محمد بن رشد: اتفق ابن القاسم وسحنون على الجواب في هذه المسألة بإسقاط الشفعة فيها واختلفا في التعليل أما ابن القاسم فرآه بيعاً جُهِلَ فيه الثمنُ فيسقط الشفعة من أجل الجهل بالثمن لأنه أشبه عنده بِأَهْلٍ من أمر الشفعة حتى نسي الثمن ولم ير على الأخت في الحظ حيازة، لأنه إنما صار لها على وجه البيع عنده، لا على وجه الصدقة، وأما سحنون فرآها صدقة لا تصح لها إن مات إلّا بالحيازة لأنه إنما

أعطاها الحظ على وجه المُتَمَنِّح من شيء لا يعرفه ولا يطلبه، فأبطل الشفعة فيه من أجل أن الصدقة لا شفعة فيها عنده على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، فعلى تعليله بأنها صدقة يجب فيها الشفعة بالقيمة على مذهب من يرى في الهبة والصدقة الشفعة بالقيمة، والقولان في مختصر ابن عبد الحكم، وقول سحنون أن ذلك هبة أظنه والله أعلم.

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الرجل يَهَبُ الشقص في شيء مُشَاعٍ على الثواب ثم يطلب الثواب فيقول الموهوب له مالي غائب أو غلامي بمالي أو شيء مما يعتذر به ولكن هذه عشرة دنانير فخذها ما دام مالي غائباً، فإذا قدم مالي أتيتك بثواب ترضاه إن شاء الله، فيأخذه فيقيم الشفيع عند ذلك فيريد أن يأخذ بالشفعة كيف الأمر في ذلك؟ قال: ابن القاسم ليس له شفعة في هذا حتى ثياب تمام الثواب، وإن قال الشفيع أنا آخذ الشفعة وادفع العشرة فإذا أثابه التمام دفعتُه إليه لم يكن ذلك له ولم يكن له شفعة لأن هذا لو كان بيعاً يُبْتَدَأُ على هذا الوجه والفعل والصفة ما حَلّ، والأخذ بالشفعة بيع من البيوع، فليس ذلك له ولا يجوز هذا، ولأنه أيضاً إن لم يشبه رضاه، ردّ الهبة ورجع في عَشَرَتِهِ ولم يلزمه تمام المثوبة به ولا قيمة الهبة بمنزلة الذي يفوض إليه في النكاح فيقدم شيئاً لا يكون صداق مثلها أو يبعث بها فيطلبون بعد ذلك تَمَامَ ذلك ولم يكونوا رضوا بما بعث به، فالزوج بالخيار في أن يُتِمّ له صداق مثلها أو يرد النكاح ويرجع بما كان بعث ولا يلزمه أن يُتِمَّ لها الصداق لما قدم قبل ذلك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها من أن من وهب شقصا بما فيه الشفعة على ثواب يرجوه ولم يسمه فليس للشفيع فيه شفعة إلَّا بعد العوض، فإن أَثَابَهُ أقل من القيمة فرضي لذلك أخذ الشفيع به، وإن أثابه أكثر من القيمة قبل تغير السلعة لم يكن للشفيع أن يأخذ إلَّا بجميع العوض، واختلف إن أَثَابَهُ أكثر من القيمة بعد تغير السلعة فقال ابن القاسم في المدونة ليس للشفيع أن يأخذ إلا بجميع العوض وهو قول ابن الماجشون، وقال أشهبُ في كتاب ابن المواز يأخذ الشفيع بالأقل من قيمة الشقص أو مما أَثَابَهُ، وفي قوله ولأنه أيضاً إن لم يثبه رِضَاهُ رَدَّ الهبةَ ورجع في عشرته دليلٌ على أنه لا يلزمه الرضى بالقيمة إلَّا بعد فواتها، وهو قول مطرف وروايتُه عن مالك وظاهر قول عمر بن الخطاب خلافُ مذهب ابن القاسم في المدونة أنه يلزمه الرضى بالقيمة وإن لم تَفُتْ، والذي في المدونة أصح، لأن الهبة

للثواب مقيسة على نكاح التفويض فكما يلزم الزوجة صداق المثل إذا فرضه لها الزوج وإن لم يدْخل بها فكذلك يلزم الواهبَ القيمةُ إذا أتابه بها، وإن لَمْ تفت السلعة، ولم أَعْلَمْهُمْ اختلفوا في أن الموهوب له لا يلزمه قيمة السلعة ما كانت قائمة ولا أقل منها إن رضي بذلك الواهب كما لا يلزم الزوج في نكاح التفويض صداق المثل قبل الدخول ولا أقل منه وإن رضيت بذلك المرأة، وإنما اختلفوا في نكاح التحكيم إذا كانت الزوجة هي المحكمة فقيل إن الصداق لا يلزم قبل الدخول بقليل ولا كثير إلَّا مع اتفاقهما جميعاً، وقيل إنه يلزم الزوجة صداق المثل فَأكثر إذا رضي به الزوج ولا يلزم الزوجَ صداق المثل فأَقل إن رضيت به المرأةُ ولا يلزم المرأة صداقُ مثلها فأكثر إن رضي به الزوج، فقوله إنَّ الموهوبَ له إذا قَدَّمَ بعضَ الثواب لا يلزمه تَمَامُه وله أن يَسْتَرِدَّ ما قدم يريد إن لم ترض به منه وطلبت منه زيادة عليه كالمفوض إليه في النكاح إذا قدم شيئاً من صداق مثلها فطلبوه ببقيته كان بالخيار بين أن يسترد ما قدم منه أو يتم بقيته وما وقع في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب النكاح ليس بخلاف لما ها هنا لأنه إنما وجب عليه هناك نصف صداق مثلها إذا طلقها لقوله: فإن لها صداق مثلها، ولو قدم في نكاح التفويض شيئاً من صداقها ولم يقل فإن لها صداق مثلها فطلقها قبل الدخول لكان لها نصف ما قدم إليها وبالله التوفيق.

ومن كتاب: إن أمكنتني من حلق رأسك

وقال: إذا باع الرجل شقصاً له في دار بدين إلى أجل ثم أتى الشفيع فإنه يأخذه إلى ذلك الأجل إذا أتى بحميل ثقة، وإن كان مَلِيًّا أخذه بغير حميل.

قال محمد بن رشد: هذا مثلُ ما في المدونة وفي الواضحة عن مالك من رواية مطرف عنه، وعن ابن الماجشون وأصبغ، وظاهره أنه لا يلزمه الحميل إلَّا إذَا كان معدماً، وأما إن كان مَلِيًّا فلا يلزمه حميل وإن كان المشتري أَمْلأَ منه وهو نص قول محمد بن المواز من رأيه خلاف قول أشهب إنه يلزمه وَإن كان مَلِيًّا أن يأتي بحميل مثل المشتري في الملا، وكذلك اختلف إذا اشترى برهن وحميل فقيل لا شفعة للشفيع إلَّا أن يأتي برهن وحميل وقيل لا يلزمه ذلك إلَّا أن يكون أَعْسَرَ منه فيفترق استواؤهما في العدم من استوائهما في الملا ويكون الشفيع أقل ملا من كونه أشد عُدْماً لأنهما إذا استويا في العدم لزمه حميل على اختلاف، وإذا استويا في الملا لم يلزمه حميل باتفاق، وإن كان الشفيع أقل ملاً لزمه حميل على اختلاف، وإن كان أشد عدماً لزمه حميل باتفاق، وإذا عجز الشفيع عن الحميل في الموضع الذي يلزمه فيه الحميل

فَعَجَّزَةُ السلطان ثم قدر على حميل قبل مَحَلِّ الأجل لم تكن له شفعة، واختلف إذا لم يقم الشفيع بشفعته حتى حلَّ الأجلُ فقيل إنه يكون له من الأجل مستأنفاً مثل الذي عقد عليه البيع، وقيل لا يأخذه إلَّا بالثمن نقداً وهو قول أصبغ، والأول قولُ مالك في رواية مطرف عنه، وقول ابن الماجشون وهو أظهر والله أعلم.

ومن كتاب العتق

وقال في الرجل يشتري الشقص من الحائط وفيه رقيق يعملون فيه فاشتراه برقيقه ثم أتى الشفيع، فقال: إن أراد الأخذ بالشفعة والرقيق لم يَفُوتوا لَمْ يكن له أن يأخذ إِلا بجميع الشقص والرقيق إذا كانوا رقيق الحائط وعُمَّالَه ولم يكن للحائط منهم بُدٌّ أَوْ يدع فإن كانوا قد فاتوا ببيع قُسِمَ الثمنُ الذي ابتاعوا به على قيمة الرقيق وقيمة الشقص فيأخذ الشقص بما يُصيبه من ذلك بالشفعة وكذلك لو تصدق بالرقيق أو وقفهم مثل البيع سواء، فأما الموت فإن شاء أخذ الشقص بجميع الثمن كله أو يترك فذلك له.

قال محمد بن رشد: إيجابه الشفعة في رقيق الحائط إذا بيعوا مع الحائط خلافُ قوله في الرحَا إذا بيعت مع الأصل أنه لا شفعة في الرحا ويفض الثمنُ على قيمة الرحا وقيمة الأصل فيأخذ الأصل بالشفعة مما ينوبه من الثمن لأن الرحا أكثر تشبثاً بالأرض من الرقيق بالحائط، فإذا أوجب في رقيق الحائط الشفعة فأحرى أن يوجبها في الرحا وإن لم يوجبها في الرحا فأحْرى ألَّا يوجبها في رقيق الحائط ويحتمل أن يفرق بين المسألتين فيكون في المسألة ثلاثة أقوال إيجاب الشفعة فيها، وإسقاطها، وإيجابها في الرحى دون رقيق الحائط والاختلاف فيها جميعاً جار على أصل قد اختلف فيه قول مالك، وهو ما كان من العروض التي لا شفعة فيها متشبثاً بالأصول التي فيها الشفعة أو متصلاً بها كالثمرة والزرع إذا بيعا مع الأصل أو دونه، وكالماء والنقض إذا بيعا دون الأصل إذ لا اختلاف فيهما إذا بيعا مع الأصل أن الشفعة تكون في الجميع وكالكراء إذا انفرد عن بيع الأصل ولا يتصور فيه غير ذلك، فمن هذه الأشياء التي ذكرناها يُخْتَلَفُ في إيجاب الشفعة فيما بيع مع الأصل أو دونه وهو الثمرة والزرع ومنها ما يختلف في إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت منفردة عن الأصل ويتفق على إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت مع الأصل وهو الماء والنقض، ومنها ما يختلف في إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت مع الأصل ويتفق على ألَا شفعة فيها إذا بيعت منفردة عن الأصل وهو الرحا والرقيق والحائط، وأما الكراء فلا يتصور فيه الانفراد، وفي الشفعة في الثمرة والنقض مسائل كثيرة تفترق أحكامها لافتراق معانيها تركت ذكرها ها هنا اختصاراً مخافة

التطويل، إذ قد حصلناها وحكمنا القول فيها في كتاب المقدمات، وتفرقَتُه في رقيق الحائط بين أن يفوتوا بموت صحيح على قوله في إيجاب الشفعة فيهم، لأن موتهم كانهدام الدار التي فيها الشفعة وأما على القول بأنه لا شفعة فيهم فسواء فاتوا بموت أو بيع أو هبة أو صدقة إنْ كانوا قياماً يُفَضُّ الثمنُ عليهم وعلى الحائط فيأخذ الحائطَ الشفيعُ بما ينوبه من الثمن.

مسألة:

وسئل عن رجل اشترى أرضاً وقبضها ثم إن رجلاً أتى يطلب فيها الشفعة فزعم المشتري أنه اشترى شيئاً مقسوماً وادعى الشفيعُ أنها لم تقتسم على من ترى البينة؟ قال: بلغني عن سعيد بن المسيب أنه قال: أَيُّمَا رجل عرف المدعِي من المدَّعى عليه لم يَلْتَبِسْ عليه ما يحكم به بينهما، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان والَمدعى عليه أن يقول لم يكن، فالذي قال هو مقسوم وقد اشتريت مقسوماً مدع لأنه لا يُشَكُّ أن الأرض أصل ما كانت عليه أنها لم تقسم، فهو مدع حين يقول اشتريت شيئاً قد قسم، فعليه أن يثبت ذلك، والذي يقول لم يقسم مدعى عليه فالقول قوله حتى تُبْطِلَ قولَه البينةُ.

قال محمد بن رشد: إنما هو إذا علم أن الأرض كانت مشتركة بين البائع والشفيع ببينة قامت على ذلك أو بإقرار البائع بذلك قبل البيع، وأما إن لم يقر بذلك إلَّا بعد البيع فلا يجوز قوله على المشتري لأنه إنما هو شاهد للشفيع فيحلف معه إن كان عدلاً ويأخذ بالشفعة إلَّا أن يأتي المشتري بالبينة على أن البائع قد قاسم الشفيع قبل البيع، ولو قاسم المشتري للبائع بعد الشراء والشفيع غائب دون أن يوكل أو يقسم عليه القاضي لم ينفذ القسم عليه وكانت له الشفعة، واختلف إن قسم عليه القاضي وهو غائب ثم أتى، فقيل إن له أن يرد القسمة ويأخذ بالشفعة، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وقيل ليس له أن يرد القسمة ويأخذ الشفيع الحظ الذي صار للمشتري بالشفعة وهو أحد قولي أشهب واختيار سحنون وابن عبدوس، وهذا الاختلاف على اختلافهم في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حقّ فيكون له أن يرد القسمة كما يرد البيع على القول بأن القسمة بيع من البيوع ولا يكون له أن يرد القسمة على القول بأنها بيع من البيوع أو تَمييز حقّ ويأخذ الحظ الذي كان للمشتري بالقسمة.

وقول سعيد بن المسيب أَيُّمَا رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان ليس على عمومه في كل موضع

وإنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله قد كان من سبب يدل على تصديق دعواه، فإن كان له سبب يدل على صدق دعواه أَقْوَى من سبب المدعى عليه الْقَائِلِ لم يكن يُدْلي عليه باليمين، مثال ذلك من حاز شيئاً مدة تكون فيه الحيازة عاملة في وجه المدعي فادعى الشراء كان القول قوله مع يمينه في ذلك وهو مدعي يقول قد كان والمدعى عليه يقول لم يكن ذلك، وكذلك المودع يَدّعي ردّ الوديعة القول قوله وهو مدع يقول قد كان والمُودِع يقول لم يكن، وإنما كان القول قوله في ردّ الوديعة وإن كان مدعياً في ذلك لأنه في معنى المدعي عليه لأن ذمته برية والمودع يريد تَعْمِيرَها فهو في ذلك مدع، يجب أن يكون القول قول المدعي عليه وهو المودع في صرف الوديعة وبالله التوفيق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن النصرانيين الشريكين في الأرض يبيعُ أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه أَيُقضَى له بها على المشتري مسلماً كان أو نصرانياً؟ قال أما على المسلم فيقضي بها للنصراني لأني كنتُ أقضي بها أيضاً للمسلم على النصراني وأما إذا كان الشفيع نصرانياً وكان شريكه مسلماً أو نصرانياً فاشترى نصراني نصيب شريك النصراني فلا أرى أن يقضي بينهما بشيء لأن الطالب والمطلوب نصرانيان، فهما يُرَدّان إلى أهل دينهما لأنَّ المطلوب يقول ليس في ديننا الحكم بالشفعة، فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلَّا أن يتراضيا على ذلك.

قال محمد بن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أنه إذا كان الشفيع الذي لم يبع أو المشتري المشفوع عليه مُسْلِماً قضي بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق في المذهب لأنه حكم بين نصراني ومسلم، واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانيين والشريك للبائع مسلماً فقال في هذه الرواية إنه لا يقضي في ذلك بالشفعة وُيرَدَّانِ إلى أهل دينهما لأن الشفيع والمشفوع عليه نصرانيان وهو مثل ما في كتاب العتق الثاني من المدونة لأشهب ولغير ابن القاسم وهو ابن نافع فراعيا كون أحد الشريكين مسلماً وهو قول أشهب في المجموعة أنه إذا كان أحد الثلاثة مسلماً بائعاً أو مبتاعاً أو شفيعاً قضى في ذلك بالشفعة.

واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصاً بخمر أو بخنزير والشفيع مسلم فقيل إنه يأخذ للشفعة بقيمة الشقص، وهو قول أشهب، فكأنه لم ير للخمر قيمة، وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني أنه لا قيمة عليه، فإذا دفعها بطوعه

فأحرى أَلا تكون لها قيمة، وقيل يأخذ بقيمة الخمر والخنازير وهو قول ابن عبد الحكم وأشهب على مذهب ابن القاسم لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبه شراء الشقص بعرض، ومن أهل العلم من لا يرى للنصراني على المسلم شفعة فيحكم بها للمسلم على النصراني والمسلم ولا يحكم بها للنصراني على المسلم ولا على النصراني ويردهما إلى أهل دينهما إن كَانَا نصرانيين وهو قول أحمد بن حنبل والحسن البصري والشعبي والله تعالى الموفق.

ومن كتاب الصُّبْرَةِ

وسألته عن ثلاثة نفر بينهم أرض مشتركة فباع أحدهم ولا علم لشريكيه ببيعه أو عَلِمَا ولم يَفُتْ وقتُ طلب الشفعة حتى باع أحد الباقين أترى للمشتري الأول شفعة فيما باع الشريك الثاني؟ فقال الشفعة فيما باع الأول للبائع الثاني وللشريك الثالث المتمسك بحظه، وذلك أن البائع الثاني باع حظه وقد كانت وَجَبْت له الشفعة فيما باع الأول فليس بيعه حظه بالذي يقطع عنه شفعة قد كانت له واجبة قبل أن يبيع هو حظه قال: فإن ترك البائع الثاني الأخذ بالشفعة مع الشريك الذي لم يبع كانت الشفعة كلها واجبة للشريك الثالث الذي تمسك بحظه، فإن تركها هو أيضاً. صار المشتري من البائع الأول شفيعاً، والثالث الذي لم يبع فيما باع الثاني، وإن ترك الأخذ بالشفعة فيما باع الأول وأراد أن يستشفع ما باع الثاني صار المشتري من البائع الأول شفيعاً مع الثالث الذي لم يبع حظه فيما باع البائع الثاني لأنه قد نزل منزلة بائعه إذ لم يُؤخذ منه بالشفعة، فقد صار شريكاً للبائع الثاني ولصاحبه الذي لم يبع فباع الثاني حين باع والمشتري من البائع الأول شريك تجب له الشفعة، إذ قد أقر على ما اشترى ولم يؤخذ ذلك منه، وَأَيُّمَا شريكين ترك أحدهما الأخذ بالشفعة مع شريكه فليس للشريك أن يأخذ بقدر حصته ولكن يأخذ الجميع أو يدع.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم أسلم من سماع عيسى فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصلاة

قال يحيى وسئل ابن القاسم عن الدار تشتري بالعبد أو بما أشبه ذلك من العروض فيستحق نصف الدار، فيقول المشتري للبائع أما إذا لم تتم لي كلها فلا حاجة لي بها فيردها على البائع فيريد الذي استحق نصف الدار أن يأخذ بالشفعة النصف الباقي وقد

رَدَّهَا المشتري على البائع، فقال: الشفعة له واجبة ولا يقطعها عنه ما فَسَخَ البائعُ عن نفسه من الاشتراء الذي لو شاء أن يأخذ أخذ به.

قال محمد بن رشد: قال ابن القاسم في هذه الرواية إن الشفعة للمستحق واجبة على المشتري في نصف الدار الذي بقي بيده وإن كان لم يقم عليه فيه بالشفعة إلَّا بعد أن رده على البائع وأخذ عبده، وهذا على القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع، وأما على القول بأنه نقض بيع فلا شفعة فيه، لأنه قد رجع إلى يد بائعه على الملك الأول، فإذا قلنا إن له الشفعة على قياس القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع يجب أن يكون مخيراً في عهدته بجعلها على من شاء منهما كمن اشترى شقصاً ثم باعه من بائعه فالشفيع مخير إن شاء أجاز البيع وأخذ بالشفعة من المبتاع الثاني وهو البائع الأول وإن شاء نقضه وأخذ بالشفعة من المبتاع الأول، وهذا بين، ولو قال المشتري أنا أَرُدُّ النصفَ وأَخُذُ عبدي وقال المستحق أنا أَخُذُ بالشفعة لَوَجَبَ أن يبدأ الشفيع على قياس هذا القول أن له أن ينقض رده ويأخذ بالشفعة فأحرى أن يكون له أن يمنعه من الرد، وقد اعترض سحنون قوله في المدونة، وقال لا يقول به لأننا نعرف من قوله خلافَه، وقوله على قياس القول إن الرد بالعيب نقض بيع لأنه إذا كان من حقه أن ينقض البيع وجب أن يبدأ على الشفيع إذا أراد أن يرد وأراد الشفيع أن يشفع، وقد رأيت في حواشي بعض الكتب على مسألة المدونة قال سحنون ليس للشفيع شفعة، وكيف يأخذ بالشفعة والبيع لم يتم؟ ولا يستقيم كتاب قول سحنون هذا على مسألة المدونة، لأنه لم يتكلم فيها إلَّا على أن الشفيع قام يطلب الشفعة قبل الرد وأراد أن يمنعه من الرد، وإنما يحسن أن يكتب قول سحنون على مسألتنا هذه في رواية يحيى، لأنه رأى الرد بالعيب فيها نقضاً للبيع فأبْطل الشفعة، وهو القياس أن يبطل على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع حسبما ذكرناه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن رجل اشترى من رجل داراً معينه بعينها فردها حين علم ثم جاء فاستحق بعض الدار أتكون له الشفعة فيما بقي من حساب ما كان اشتراها به الذي ردها بالعيب؟ فقال: نعم، الشفعة له واجبة إن أراد الأخذ من حساب جميع الثمن لا يوضع عنه للعيب شيء.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة على أصله في المسألة التي قبلها من أن الرد بالعيب ابتداء بيع، فتكون عهدتُه إذا أخذ بالشفعة على من شاء منهما حسبما ذكرناه

قبل هذا وبينا وجهه، وعلى القول بأن الرد بالعيب نقض لا شفعة في ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت أرأيت إن اشتراها بالعبد واستحق نصفَها رجلٌ أو ترك المستحق الأخذ بالشفعة ورضي المشتري أن يحبس النصف ويرد إليه نصف العبد ويكون بذلك في العبد شريكاً لِبَائع الدار منه أيكون ذلك؟ قال: نعم، إلَّا أن يفوت العبد فيكون له على البائع نصف قيمة العبد الفائت.

قيل له: فإن قال البائع إنما بعتك داري ليكون لي العبد خالصاً، فيما إذا أردت أن تشركني فيه فلا حاجة لي فيه ينتقض البيع بينهما؟ قال: نعم، أرى البيع مفسوخاً عنهما إلَّا أن يفوت العبد فلا يكون للبائع حجة في إمضاء البيع ويرد نصف قيمة العبد.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفٍ غاية الاستيفاء في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فلا معنى لإِعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَاب المُكَاتَبِ

قال: وسألته عن الشفيع يعرض عليه الإِمام الأخذ بالشفعة أو الترك فيقول أنا آخذ فيؤجله في الثمن فيبدو له فيقول لا حاجة لي بالشفعة، ويقول المشتري لا أقيله، قال الأخذ بالشفعة يلزم الشفيع، فإن لم يكن له مال بيع عليه حظه الذي كان به شفيعاً، والحظ الذي وجبت له الشفعة فيه حتى يوفي المشتري جميع حقه، ولا يقال فيما قد رضي بأخذه إلَّا أن يرضى المشتري أن يقيله.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة لا تخلو عندي من ثلاثة أوجه أحدها أن يوقفه الإِمام على الأخذ أو الترك فيقول قد أخذت ويقول المشتري وأنا قد سلمت فادفع إليّ مالي فيؤجله الإِمام في ذلك، فلا يأتي بالمال إلى الأجل، فهذا بيع تام يباع فيه جميع ماله، الحظ الذي استشفعه والذي استشفع به، وليس للشفيع أن يقول للمشتري: خذ حائطك لا أريده ولا للمشتري أن يقول للشفيع ردّ إليّ حائطي لا أسلمه لك إذا لم تنقذ لي مالي إلى الأجل الذي أجله لك السلطان فلا ينحل البيع إلَّا برضاهما جميعاً والوجه الثاني أن يوقفه الإِمام على الأخذ أو الترك فيقول قد أخذت فيسكت المشتري ولا يقول وأنا قد سلمت، فيؤجله الإِمام في الثمن بطلب من أحدهما لذلك، فلا يأتي به إلى الأجل، فهذا إِن طلب المشتري أن يباع له في الثمن مال الشفيع كان ذلك له،

وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص على المشتري أو يتمسك به حتى يباع ماله في ثمنه لم يكن له في ذلك خيار، وهذا الوجه في المدونة، والوجه الثالث أن يقول الشفيع أَنَا آخذ ولا يقول قد أخذت فيؤجله الإمام في إحضار الثمن فلا يأتي به إلى الأجل، فهذا الوجه يختلف فيه، قيل يرجع الشقص إلى المشتري إلَّا أن يتفقا جميعاً على إمضائه للشفيع وإتباعِهَا بالثمن، وقيل إنه إن أراد المشتري أن يلزم الشفيع الأخذ كان ذلك له، ويباع ما له في الثمن، وإن أراد الشفيعُ أن يرد الشقص لم يكن ذلك له، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وقول أشهب، والقول الأول بين وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَابِ الأَقْضِيَةِ

قال: وسألت ابن القاسم عن الشفعاء أهل الميراث هل يكون بعضهم أولى بمشافعة بعض أم كيف الأمر فيهم؟ قال: قال لي مالك: كل أهل مورث أحقّ بشفعتهم يتشافعون بينهم دون سائر الورثة، مثل أن يهلك الرجلُ ويرثه ابناه فيموت أحدهما فيبيع بعض ولده حقه، فيكون إخوته بنو الابن أحقّ بالشفعة فيما باع أخوهم ومن شركهم في ميراث ابن الابن من عمهم أخي أبيهم، فأهل كل سهم يتشافعون بينهم، دون أهل رأس الميراث، وكذلك أهل كل سهم في كتاب الله أو السنة يتشافعون فيما بينهم، وهم أجمعون على العصبة فيما باع بعض العصبة، ولا تدْخل العصبة على أهل السهام، قال: وقال لي مالك غيرَ مرة: من باع من أهل السهام المفروضة ثم سلم ذلك للمشتري أهل شفعة البائع شركاؤه دِنْيَا في السهم الذي يجمعهم بفريضة مسماة فإن الشفعة تجب لجميع أهل الميراث شركاء البائع وأهل سهمه في رأس فريضة الميراث، قال وإن أسلموا أجمعون للمشتري أو كان المشترون جماعة ثم باع أحد المشترين نصيبه مما اشترى فأراد شركاؤه في الصفقة أن يأخذوا بالشفعة وأن يتشافعوا فيما بينهم كما كان يتشافع أهل السهم الذي اشتروا منهم دون جماعة الورثة مثل أن يكونوا اشتروا رُبُعَ الزوجات أو سدس الجدتين أو ثلث الإخوة للأم أو ما أشبه ذلك، قال ابن القاسم: فإنَّ مالكاً قال لا يكون ذلك لهم ولا يحملون محملهم بل يشافعهم جميع الورثة على قدر أنصبائهم في الميراث، ويكون شركاء البائع منهم في ذلك النصيب خاصة وبقية الورثة أجمعين وبقية شركاء البائع المشتري في ذلك الحظ الذي يؤخذ بالشفعة شفعاء أجمعين، قَالَ مالك: فإنما يتشافع في كل سهم دون جماعة الورثة أهل السهم بأعيانهم الذين ورثوه، لا ينزل من اشتراه منهم أو اشترى بعضه في ذلك منزلتهم، قال: وقال مالك ليس المشتري كالورثة ولا العصبة كأهل السهام المفروضة، أهل السهام

المفروضة يتشافعون بينهم على ما فسرت لك، وهم أجمعون يدخلون على العصبة فيما أخذَهُ بعضُهُم فيما يبيعه بعضهم فكذلك أيضاً يدخل أهل السهام المفروضة على كل من اشترى من بعضهم بما باع بعض من اشترى أنهم يدخلون أجمعون على أشراك البائع الذي اشتروا معه وصاروا شفعاء باشترائهم معه يوم اشترى، قال: وإذا باع بعض الورثة من أهل السهام المفروضة لم يدخل المشتري ولا العصبة عليهم فيما يتشافعون به فيما بينهم إذا كان في ذلك السهم للبائع شريك فيه دِنيا فإن أخذ جماعة الورثة بالشفعة دخل معهم العصبة والمشتري.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة جيدة حسنة، قولُهُ فيها إن أهل السهم الواحد مثل الزوجات والجدات والإخوة للأم يتشافعون بينهم البين ولا يدْخل غيرهم من الورثة عليهم ويدخلون هم عليهم، هو مذهبُ مالك وجميع أصحابه حاشى ابن دينار، واختلف في العصبة والموصى لهم بجزء والمشترين لسهم أهل السهم مثل أن يشتري جماعة ثُمُنَ الزوجات أو سدس الجدات أو ثلث الإخوة للأم وما أشبه ذلك والمشتري بحظ واحد من الورثة فقيل في كل طائفة منهم إنهم أهل سهم واحد يتشافعون فيما بينهم دون الورثة وهو قول أشهب وأحد قولي مالك في العصبة وقيل إنهم ليسوا كاهل سهم واحد فيدخل الورثة كلهم عليهم كانوا أهل سهم أو لم يكونوا أهل سهم، ولا يدخلون هم على أهل السهام إلَّا أن يبيع جميعهم أو يكونوا واحداً، وهو مذهب ابن القاسم، واختلف في الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة، فقال ابن القاسم إنهن كلهن أهل سهم واحد لاشتراكهن في الثلثين إن فضلتهن الأختُ الشقيقة فإن باعت إحْدَى الأخوات للأب حظها دخلت فيه الأخت الشقيقة، وقال إن الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة أهل سهم واحد في السدس فلا تدخل عليهن فيه الأخت الشقيقة، وقد مضى هذا المعنى في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم وفي رسم مسائل بيوع من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مسألة:

يحيى حدثني ابنُ القاسم عن أبي الدراوري عن سفيان الثوري أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قَضَى بالشفعة على قدر الأنصباء.

قال محمد بن رشد: هذا ما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب أن الشفعة على قدر الأنصباء، والمخالف في ذلك أبو حنيفة يقول إنها على عدد الرؤوس، والحجة لمالك ومن قال بقوله أن الشفعة لما كانت تجب بالملك وجب أن تكون على قدر الأملاك

كالغلل، ولما كانت لدفع المضرة عن الإشراك وكانت المضرة عليهم على قدر حصصهم وجب أن تكون الشفعة التي تدفع الضرر عنهم على قدر حصصهم.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: الشفعة في الماء الذي يقتسمه بينهم الأوراث بالأقلاد وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التي تسقى بتلك العيون أو الحوائط التي تسقى بتلك العيون، قال: وقال مالك وأهل كل ولد يتشافعون فيما بينهم دون جماعة الورثة وشفعتهم في ذلك الماء يجري مَجرى شفعتهم في الدور والأرضين فيما وصفنا من أمر العصبة والمشتري وأهل السهام المفروضة وما يدخل به بعضهم على بعض فيما فسرت لك في صدر هذه المسألة، وبالله التوفيق.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف أعلمه في المذهب في إيجاب الشفعة في الماء إذا بيع مع الأرض أو دونها ولم يقسم الأرض، واختلف في إيجاب الشفعة فيه إذا قسمت الأرض فقال في المدونة إنه لا شفعة فيه، وقال في هذه الرواية إن فيه الشفعة، فذهب سحنون وابن لبابة إلى أن ذلك ليس باختلاف من القول، إلَّا أنهما اختلفا في تأويل الجمع بينهما، فقال سحنون معنى مسألة المدونة أنها بِئْرٌ واحد فلا شفعة فيها إذ لا تنقسم، لأن الشفعة تكون فيما ينقسم دون ما لا ينقسم، وقال ابن لبابة معنى مسألة المدونة أنها بئْرٌ لا بنَاءَ لَهَا ولا أرض، ومعنى رواية يحيى أن لها بِنَاء وأرضاً مشتركة يَكون فيها القلد، وذهب القاضي أبو الوليد الباجي إلى أن ذلك اختلاف من القول، وأن الاختلاف في ذلك جار على الاختلاف في الشفعة فيما لا ينقسم كالنخلة والشجرة بين النفر، إذ لا تنقسم العين والبير كما لا تنقسم النخلة والشجرة، وكان من أدركت من الشيوخ يقول إن ذلك اختلاف من القول، وإن الاختلاف في ذلك جار على اختلاف قول مالك فيما هو متعلق بالأرض ومتشبث بها كالنقض والنخل دون الأرض والكراء وما أشبه ذلك، وهو أبين وأولى وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَاب أَوَّلُهُ: أولَ عَبْد ابْتَاعَهُ فَهُوَ حُر

قال: وسألته عن الرجل يشتري الأرض من الرجل وهي فدان من أرض مشتركة أو بُقعة لرجل فيها شرك فيشتري المشتري ذلك الفدان أو تلك البقعة بحضرة الشريك وعلمه فيبني فيها أو يغرس فيريد الشريك الذي لم يبع أن يأخذ حقه من تلك الأرض ويأخذ بقيتها بالشفعة، قال ابن القاسم ليس في مثل هذا شفعة إنما الشفعة في أن يبيع الشريك جزءاً من أجزاء الأرض المشترك أو الدار وبعض ما تكون الشفعة فيه، فيبيع

نصف الدار أو ثلثها أو ربعها أو جزءاً من أجزائها قَلّ أو كثر، فإن الشريان حينئذ، يأخذ نصف ما باع بحقه والنصف بشفعته، وأما إذا باع فداناً بعينه أو بيتاً من الدار بعينه بحضرة الشريك فلم ينكر عليه بيعه فسكوته عليه تحويز لبيعه والاشتراء للمشتري ماض ولا شفعة فيه، وإنما للشريك على شريكه البائع حصته من الثمن فقط، قال وإنما مثل بيع الفدان من جملة الأرض أو البيت من جملة الدار بمنزلة بيع الثوب الذي يكون بين الشريكين بحضرة الشريك فإن سكت فذلك منه تجويزٌ وإن أنكر لم يمض البيع عليه، قال سحنون: قال لي ابن القاسم: في الأرض تكون بين الرجلين مشاعة غير مقسومة فيبيع أحدهما فداناً بعينه أو نصف فدان بعينه بحضرة صاحبه لا يغير ولا ينكر ثم أنكر بعدُ قال البيع لازم ولا تكون له الشفعة مِن قِبَل أنه قد بِيْعَ نصيبُهُ وهو حاضر. لا يغير ولا ينكر، وكذلك كل من يُبَاعُ عليه شيء من مَاله وهو حاضر لا يغير ولا ينكر فالبيع له لازم، وكذلك لو كانت دار بين رجلين فباع أحدهما شيئاً من الدار وصاحبه حاضر لا يغير ولا ينكر لزمه البيع ولم يكن له أن يرد، وإذا باع ثلث الأرض أو ربع الأرض ولم يَرَهُ أرضاً بعينها لا ربعاً أو ثلثاً فالبيع جاهز وللشريك الشفعة.

قال محمد بن رشد: قوله في أول هذه المسألة في الذي يشتري الفدان أو البقعة من الرجل من أرض بينه وبين شريكه بحضرته فيبني فيها أو يغرس فيريد الشريك الذي لم يبع أن يأخذ حظه من تلك الأرض وبقيتها بالشفعة أنه ليس في مثل هذا شفعة صحيح، لأنه إذا حضر بيع شريكه فلم ينكره وسكت حتى بنى المشتري أو غرس فقد لزمه ومضى عليه، فصار بمنزلة أن لو باعها جميعاً فلم يكن في ذلك وجه للشفعة ولا إشكال في هذا، ولو حضر البيع فسكت ولم ينكره حتى انقضى أنكره في المجلس وقال إنما صمت لأني علمت أن ذلك لا يلزمني لوجب أن يحلف أنه ما رضي ببيع نصيبه وتكون له الشفعة، ولو أنكر ذلك قبل انقضاء البيع لكانت له الشفعة دون يمين، ولو أنكر ذلك بعد انقضاء المجلس بالقرب لسقطت الشفعة ولم يكن له ألا الثمن إلَّا أن يدعي الشريك أن الأرض كلها صارت إليه منه بابتياع أو هبة أو مقاسمة فيكون القوْل في ذلك قوله مع يمينه، لأن حضوره البيع مع سكوته هذه المدة حيازة عليه، فقف على افتراق الأحكام في هذه الأربعة الأوجه، وجه تكون له الشفعة فيه دون يمين، ووَجْهٌ تكون له الشفعة فيه بعد يمينه ووجه لا يكون له فيه إلَّا الثمن، ووجه يكون الثمن فيه للشريك البائع مع يمينه ولو لو يحضر البيع، وإنما علم به بعد وقوعه، فإن أنكره حين علم بقي على حقه في نصيبه من الأرض وكانت له الشفعة في حظ

شريكه، وإن لن ينكره إلَّا بعد العام أو العامين أو الثلاثة لم يكن له إلَّا الثمن، وإن لم ينكره ولا قام ألا بعد العشرة الأعوام أو نحوها لم يكن له إلَّا الثمن إن ادعى شريكه البائع لحيازته إياه عليه بالبيع مع طول هذه المدة، وقد مضى هذا المعنى في غير ما موضع من هذا الديوان من ذلك في سماع سحنون من جامع البيوع وفي رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأقضية وفي رسم يسلف في المتاع والحيوان من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق، وفي سماع أشهب منه وفي رسم الكبش من سماع يحيى منه أيضاً.

ووجه تفرقته بين أن يبيع أحد الشريكين طائفة بعينها من الأرض أو الدار المشتركة بينهما بحضرة شريكه وهو ساكت لا يغير ولا ينكر وبين أن يبيع جزءاً منها على الإشاعة وهو حاضر لا يغير ولا ينكر في أنه لا شفعة في الطائفة المعينة وله الشفعة في الجزء الشائع هو أن البيوع لازم له في حظه من الطائفة المعينة لحضوره وسكوته إذ لا عذر له في ذلك، وَلذا لزمه البيع بطلت الشفعة ولا يلزمه البيع في حظه من الجزء الذي باع على الإشاعة بحضوره وسكوته لأن من حجته أن يقول ظننت أن البيع يختص بحظه ولا يكون شائعاً في حظي وحظه، فلا يلزمني منه شيء، وهي حجة ظاهرة لها وجه، إذ قد قيل ذلك وهو دليل قوله في كتاب العتق من المدونة وفي العبد بين الشريكين يحلف أحدهما بعتق نصيبه ألا يفعل شيئاً فيبيع نصيبه ويشتري نصيب شريكه ثم يفعل ما حلف عليه أنه لا يحنث، فإذا لم يلزمه البيع في نصيبه وعذر في سكوته لهذه العلة وجبت له الشفعة، لأن من حقه أن يأخذ قدر حقه مما باع شريكُهُ النصف إن كانت شركتهما على النصف بالاستحقاق، ويرجع المشتري على البائع بنصف الثمن ويأخذ النصف الثاني بالشفعة بنصف الثمن، فهذا وجه الفرق بين المسألتين ولو قال الشريك البائع أبيعك نصف حظي من هذه الدار ونصف حظ شريكي وشريكه حاضر ساكت لم تكن له شفعة، واشتركت المسألتان ويأتي على قول ابن القاسم في هذه المسألة وعلى ما في كتاب المرابحة من المدونة في الرجل يبتاع نصف السلعة ويرث نصفها أنه لا يجوز له أن يبيع نصفها مرابحة حتى يبين أن الدار أو العبد إذا كان بين الشريكين فباع أحدهما نصف الدار ونصف العبد أن البيع يقع على نصفه ونصف شريكه إلَّا أن يبين فيقول أبيعك نصفي من هذه الدار أو من هذا العبد وعلى ما في كتاب العتق الأول في المسألة التي ذكرناها أن البيع يقع على حظه دون حظ شريكه إلَّا أن يبين فيقول أبيعك نصف حظي ونصف حظ شريكي من هذا الدار أو من هذا العبد

وبالله التوفيق.

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال سحنون سئل ابن القاسم عن الرجل يكون له شقص في دار ليس له غيره قيمته ثلاثون ديناراً فيبيعه من رجل بعشرة دنانير وهو مريض، قال يُنْظَرُ في ذلك إذا مات البائع فيقال للمُشتري إن أحببت إن لم تُجِز الورثةُ هذه المحاباة برد عشرة أجزاء وخذ الدار ولا قول للورثة، فإن فعل فللشفيع إن كان له شفيع أن يأخذ الدار بعشرين ديناراً فإن أبى المشتري أن يزيد عشرة دنانير وقد أبت الورثة أن يسلموا الدار إليه كما أوصى الميت قيل لهم أعطوه ثلث الشقص بتلا بلا شيء يأخذونه منه، قلت لابن القاسم لِمَ أعطيتها للشفيع بعشرين ديناراً إذا رضي المشتري أن يزيد عشرة على العشرة الأول التي أخذها الميت بعشرة؟ فَلِمَ لا تجعلها للمشتري وتقول للشفيع خذها بثلاثين؟ قال: لا، لأن الشراء إنما وقع بعشرين، ألا ترى لو أن رجلاً باع شقصا له في دار بعشرين دينارا قيمته أربعون ديناراً حاباه بعشرين فللشفيع أن يأخذ ذلك بعشرين وهو خلاف أن يبيع بأربعين، ثم يضع عشرين لأنه إذا باع بأربعين فقد وجب للشفيع بأربعين، فإذا حط البائع عن المشتري حطاً يعلم في مثله الهبة، ليس مثل ما يتغابن الناس في مثله لم يوضع ذلك عن الشفيع، وإن حط حطاً يعلم أن في مثله ما يتغابن الناس في مثله حط ذلك عن الشفيع، قلت لابن القاسم أرأيت الموصى له بيع الدار إن ردّ الدار وأبى أن يزيد العشرة فأراد الورثة أن يُخَلُّوا له من ثلثها إذا أبوا أن يجيزوا الوصية أتكون فيه شفعة؟ قال: لا.

قال محمد بن رشد: اختلف في المريض يبيع في مرضه بمحاباة لا يحملها ثلثه على قولين، أحدهما أن الورثة إن لم يجيزوا البيع قطعوا له بثلث الميت بتلاً من غير ثمن، وردوا إليه ما دفع من الثمن إلّا أن يشاءَ المشتري أن يزيد ما حوبي به فينفذ البيع، وهو قوله في هذه الرواية، فإن كان المبيع شقصا مما فيه الشفعة فرضي المشتري بزيادة المحاباة كان للشفيع في ذلك الشفعة بالثمن الذي اشترى به مع الزيادة، هذا قوله في هذه الرواية إن الشفعة له بعشرين، وإن كانت قيمة الشقص ثلاثين وكذلك على قياس قوله لو أجاز الورثة البيع لكانت الشفعة له بعشرة، وإن كانت قيمته ثلاثين، وهذا كما قال، إذ لا أعرف نص خلاف في أن الثمن إذا عرف فللشفيع أن يأخذ به كان أقل من القيمة أو أكثر، وفي ذلك نظر إذا كانت القيمة أكثر من الثمن وتبينت في ذلك المحاباة، لأن القياس كان على قول ابن القاسم الذي لا يرى في الهبة الشفعة، ولا يكون له

شفعة إلَّا في قدر ما لا محاباة فيه، ويسقط في قدر ما وقعت فيه المحاباة، وعلى قول ابن عبد الحكم عن مالك الذي يرى في الهبة الشفعة، أنْ لا يكون له شفعة إلَّا في قدر ما لا محاباة فيه، ويسقط في قدر ما وقعت فيه المحاباة بالقيمة.

فيتحصل على هذا فيمن باع شقصاً بعشرة دنانير ثمنه ثلاثون ديناراً ثلاثة أقوال، أحدها أن للشفيع الشفعة في جميع الشقص بعشرة والثاني أن له الشفعة في ثلثه بعشرة وفي ثلثيه بالقيمة والقول الثاني أن الورثة إن لم يجيزوا البيع قطعوا له بثلث الميت بتلاً وكان له من المبيع بقدر ما نفد ولم يرد ذلك إليه لأنه لا يكون سلفاً جر منفعة إذا ردّ إليه رأس ماله وقطع له بثلث الدار إلَّا أن يشاء المشتري أن يزيد ما حوبي به فينفذ البيع، وقد قيل إن ذلك ليس باختلاف، وإنما يرجع ذلك إلى المشتري بالخيار إن لم يجز الورثة له البيع أن يأخذ من المبيع بقدر ما نقد، وبين أن يسترده، وظاهر ما في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا أنه ليس للمشتري أن يزيد ما حاباه به الميت زائداً ويستخلص البيع، وقد مضى القولُ على هذا المعنى في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس.

وقوله إذا باع بأربعين ثم حط عشرين إنه لا يوضع عن الشفيع معناه إذا كانت قيمة الشقص أكثر من العشرين الباقية مثل أن تكون قيمته ثلاثين لأنه إنما يتبين أن الحطيطة هبة بذلك وأما إن كانت قيمته عشرين أو أقل فإنه يوضع عنه، لأنه تبين بذلك أن حقيقة الثمن عشرون وإن تسميتهم الأربعين لغو قَصَدًا بذكرها إلى إبطال الشفعة، وهذا بين من المدونة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن الأَنَاذِر أَفِيهَا شفعة؟ قال: لا تكون فيها شفعة، قال وكذلك الأفنية لا شفعة فيها إذا بيعت والأناذِرُ عندي مثل الأفنية.

قال محمد بن رشد: إنما لم يريد سحنون في الأناذر شفعة لأن من مذهبه أن الشفعة لا تكون إلَّا فيما يحكم بقسمته والأندر عنده لا يحكم بقسمته لأنه لا ينقسم إلَّا بضرر لأنه إذا قُسِمَ بَطَلَ أن يكون أندرا فلم ينتفع به في ذلك، فالشفعة فيها واجبة على من يرى قسمتها ولا يُرَاعِي الضرر على ذلك وهو مذهب مالك لقول الله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ [النساء:٧] وعلى مذهب من يرى الشفعة فيما لا يحكم بقسمته من الأصول إذا كان لا ينقسم إلَّا بضرر، وهو قول ابن القاسم في المدونة خلاف قوله في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار، وقد قيل إن

الشفعة واجبة فيما لا ينقسم بحال كالنخلة والشجرة بين النفر لأنها من جنس ما ينقسم.

فيتحصل في ذلك في المذهب ثلاثة أقوال أحدها أن الشفعة واجبة في الأصول كلها كانت مما ينقسم أو مما لا ينقسم، وهو مذهب مطرق، والثاني أنها لا تجب إلَّا فيما ينقسم ويحكم بقسمته، وهو قول ابن القاسم في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار، والثالث أنها تجب فيما ينقسم وإن كان لا يحكم بقسمته للضرر الواقع في ذلك، وقد مضى ذكره والاختلاف فيه في رسم المكاتب من الكتاب المذكور.

وأما قوله وكذلك الأفنية لا شفعة فيها إذا بيعت فمعناه في الفناء المشترك بين القوم كساحة الدار بين الشركاء إذا اقتسموا البيوت لأن حكمها حكم الأناذر في القسمة لها وفي جواز البيع فيها وفي وجوب الانتفاع بجميعها لمن احتاج من الشركاء إليها دون من لم يحتج إليها منهم، وأما الأفنية المتصلة بطرق المسلمين فلا يجوز بيعها ولا اقتطاعها وإنما يجوز الانتفاع بها وكراؤها إذا لم يضر ذلك بالمارة في الطريق المتصلة بها والله الموفق.

مِنْ سَمَاعِ عَبْدِ المَلِكِ بن الحَسَنِ

قال عبد الملك: وسألت عبد الله بن وهب عن الأنذر الذي يدرس فيه الزرع هل فيه شفعة؟ فإنه قد اختلف عندنا فيه وهل يَحُوزُ الأَبُ على ابنه الصغير في حجره صدقة عليه بالأنذَر أو لا يكون الأنذر للصغير بالصدقة حتى يَبْرَأ منه كحال المسكن الذي يسكنه الأب حتى يموت عنه فلا يمضي صدقته فهل الأنذر بسبيل ذلك إذا كان الأب يدرس فيه حتى يموت، فقال: إن كنت إنما تعني نفقة الأنذر من الأرض فنعم فيه الشفعة لا شك فيه، وهو بمنزلة غيره من البقاع والأرضين بمنزلة عراص الدور المهدومة وغير المبنية.

وحوز الأب لابنه الصغير حوزٌ إذا تصدق عليه وأعلن الصدقة بمنزلة غيرها من الأشياء والأرضين والمساكن إلَّا أن يكون الأب يعمل فيها لنفسه وماله بحال ما كان من الصدقة فلا أرى ذلك شيئاً إن كان كذلك، وقال أشهب الشفعة فيه كان أنذراً أو غير أنذر كان قليلاً أو كثيراً إذا كان ملكاً لهم.

وأما ما ذكرت من حوز الأب على ابنه الأنذر فإن ذلك ليس بحوز حتى يَبْرَأ منه كحال المسكن إن درس فيه أو انتفع به الأب حتى مات فلا شيء للابن فيه.

قال محمد بن رشد: قول ابن وهب وأشهب فيه ن الشفعة يجب في الأنذر الذي

يدرس فيه الزرع خلافُ قول سحنون المتقدم قبل هذا في آخر سماعه، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك فلا معنى لإعادته، وأما قولهما في صدقة الأب به على ابنه الصغير إن ذلك بمنزلة الدار تبطل الصَّدقة به إن درس فيه بعد الصدقة كما كان يدرس فيه قبل الصدقة بمنزلة المسكن فهو خلافُ مذهب ابن القاسم وما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ من أن ما عدا المسكون والملبوس لا يبطل صَدَقَةَ الأب به على ابنه الصغير انتفاعُهُ به بعد الصدقة وان حَرَثَ الأرضَ واختدمَ العبيدَ وَأكرَى الحوانيت واغتل ماله غلة من الأصول، بخلاف ما سكن أو لبس، وقع بيان مذهب ابن القاسم في ذلك في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات، وحكاه ابن حبيب أيضاً عنه من رواية أصبغ، وَجُلُوسُهُ في الحانوت للتجر كَسُكْناه الدار، بخلاف كرائه إياه، وقول ابن وهب وأشهب هذا مثل ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية مطرف عن مالك في تفسير قول عثمان بن عفان إن نِحلَةَ الأب لابنه الصغير جائزة إذا أشهدَ عليها وأعلن بها وَإنْ وَلِيَّهَا أن معنى ذلك أن يَلِيِّها بالتثمير والتوفير، فَعَلَى هذا لا فرق بين الملبوس والمسكون وما سواه من الأشياء تبطل الصدقة بانتفاع الأب به فيتفق في المسكون والملبوس ويختلف فيما عداه على هذين القولين، أحدهما أن الإشهاد والإعلان يكفي وإن انتفع الأب بذلك بعد الصدقة كما كان ينتفع به قبل الصدقة إلى أن مات كالمسكون والملبوس سواء، وفي المسألة قول ثالث وقع لأصْبغ في نوازله من كتاب الصدقات والهبات أن الصدقة لا تبطل إذا كان الانتفاع ممزوجاً مرة ينتفع الأب ومرة ينتفع الابن وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سئل ابن القاسم عن رجل اشترى نصف دار بمائة دينار ولؤلؤة ثم جاء الشفيع يريد أن يأخذ، قال: يصف المشتري اللؤلؤة ويحلف على صفتها ثم تُقَوَّمُ إلَّا أن يشهدَ الذين باعوه أن قيمة اللؤلؤة كذا وكذا فيكون القولُ قول ما شهدُوا به، فإن لم يعلموا قيمتها وفاتت ونكل المشتري عن صفتها وعن اليمين وَصَفَهَا الشفيعُ وحلف على الصفة وكان القولُ قولَه فإن لم يعلم الشفيع صفتها كانت له الدار بقيمتها نقداً.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة ونكل المشتري عن صفتها وعن اليمين معناه أنه قال لا أعرف صفتها فلا أحلف فها هنا يكون ما قال من أن الشفيع يحلف على ما يدعي من الصفة إن عرف صفتها، فإن لم يعرف صفتها كانت له الدار بقيمتها نقداً، وقوله كانت له الدار بقيمتها نقداً معناه كانت له الشفعة في الدار بقيمة نصفها نقداً

يريد ما لم تكن القيمة أقل من المائة دينار فلا ينقص من المائة دينار، وقد قيل إنه لا يمين عليه إذا أتى بما يشبه، وأما إن ادعيا جميعاً معرفة صفتها ونكلا عن اليمين فالقول قولُ المشتري لأنه هو المبدأ باليمين على حكم المدعي والمدعى عليه إذا نكلا عن اليمين كان القولُ قولَ المدعى عليه، ولو حلف أحدهما ونكل الآخر كان القولُ قولَ الحالف، وهذا إذا أتيا جميعاً من صفتها بما يُشبه، كان الشفيعَ أو المشتري فإن نكل عن اليمين كان القول قول الذي أتى منهما بما يشبه، لأنه هو المبدأ باليمين ولو أتيا جميعاً من الصفة بما لا يشبه لوجب أن يحلفا جميعاً فإن حلفا أو نكلا كانت له الشفعة بقيمة الحظ نقداً ما لم تكن أقل من المائة فلا ينقص من المائة، وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما وإن أتى بما لا يشبه، لأن صاحبه قد أمكنه من دعواه بنكوله.

فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه أحدها أن يدعي كل واحد منهما من صفتها ما يشبه والثاني أن يدعي كل واحد منهما من صفتها ما لا يشبه والثالث أن يدعي أحدهما من صفتها ما يشبه والثاني ما لا يشبه والرابع ألا يدعي واحد منهما معرفة صفتها وفيما ذكرناه بيانُ الحكم في كل واحد منهما لمن تدبره وفهمه.

وفي قوله إلاّ أن يشهد الذين باعوا أن قيمة اللؤلؤة كذا وكذا فيكون القول ما شهدوا به نظر، إذ ليس على عمومه في كل موضع وإنما معناه في الموضع الذي تكون شهادتهم لا منفعة لهم فيها بل قد يضرهم فيما يرجع به عليهم إن استحق المبيع أو بعضه، وأما في الموضع الذي تكون شهادتُهم فيه للشفيع على المشتري فلا يجوز لأنهم يتهمون على تقليل الثمن إن جاء استحقاق.

وقولُهُ إن المشتري يصف اللؤلؤة ابتداء ويحلف على صفتها أصحُّ مما وقع من قوله في المدونة من أنه لا يقال للمشتري صف العرض الذي وقع به البيع إلَّا بعد أن يدعيا جميعاً من قيمته ما لا يشبه، وظاهر قوله فيها أنه إذا ادعيا جميعاً من قيمة ما لا يشبه كان القول قول المشتري فيما ادعاه من الصفة وأن لم يشبه، وذلك بعيد لا يصح أن يكون القولُ قولَ من أتى منهما بما لا يشبه إذَا كذبه الآخر وادعى ما يشبه، وإنما يصح ذلك إذا لم يكذبه صاحبه وقال لا أدري وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ليس في رحا شفعة لا رحا الماء ولا رحا الدواب، وأما البيت الذي فيه الرحَا وجدرانه وسقفه وأرضه ففيه الشفعة، قال ولو باع رجل بيتاً فيه رحا فأراد الشفيع أن

يأخذ ذلك بالشفعة فإنه يقوم البيت ويقوم الرحا بأداتها فيُفَضُّ الثمن عليها، فما صار على البيت من القيمة من الثمن أخذ البيتَ بالشفعة بالذي يقع عليه من الثمن بالقيمة وهو بمنزلة ما لو باع رجل دابة وداراً فإنما يأخذ بالشفعة في الدار ولا شفعة في الدابة بمنزلة ما فسرت لك في الرحا.

قال محمد بن رشد: قوله إِنه لا شفعة في الرحا إذا بيعت مع الأصل خلافُ ما مضى من قوله في رسم العتق من سماع عيسى في رقيق الحائط يُباعون مع الحائط، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل باع داراً بعشرة دنانير فباع المشتري مِصْرَاعَي الدار بعشرة،ثم جاء الشفيع، فقال: يُقَوَّمُ المصرعان ويقوم الدار ثم يُفَضُّ الثمنُ عليهما فما وقع على الدار من الثمن أخذها بالشفعة ولا شيء له في المصراعين لأنهما قد فاتا بالبيع.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة معلوم، ولفظه فيها فاسدٌ معلول، لأنه قال إنه باع الدار بعشرة دنانير فباع المشتري المصراعين بعشرة دنانير، ثم جاء الشفيع، وإذا بيعت الدار كلها فلا شفعة فيها فالمعنى الذي أراد والله أعلم أنه ابتاع الدار ثم أتى رجل فاستحق بعضَها وأراد أخذ بقيتها بالشفعة، فقال: إنه يقوم المصراعان وتقوم الدار فيفض الثمن عليهما فما وقع على الدار من الثمن أخذها بالشفعة يريد أخذ منها الحظ المستشفع بما ينوبه من الثمن بالشفعة، وقوله ولا شيء له في المصراعين لأنهما قد فاتا بالبيع، يريد لا شيء له فيما ناب الجزء المستحق منهما فللشفيع أن يأخذه بالاستحقاق لا اختلاف في ذلك، وإن شاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن فله ذلك، وهذا كله بَيّنٌ وَالمِصراعان البابان.

وقوله ولا شيء له في المصراعين لأنهما قد فاتا بالبيع خلافُ ما نص عليه في المدونة من أن نقض الدار إذَا هَدَمَهُ المشتري فباعه لا يفوت بالبيع وللشفيع أن يأخذ بالشفعة من يد مشتريه من المشتري، وهذا الاختلاف جَارٍ على اختلافهم في الشفعة هل يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق؟ فعلى القول بأنه يحكم لها بحكم البيع تفوت الأنقاض بالبيع ويأخذ الشفيع البقعة بما ينوبها من الثمن، وعلى القول بأنه يحكم لها بحكم الاستحقاق لا تفوت الأنقاض بالبيع ويأخذها الشفيع من يد المشتري بالشفعة ويرجع المشتري على الذي باعه إياها بالثمن الذي دفع إليه فيها، وإن شاء أن

يجيز البيع ويأخذ الثمن كان ذلك له، وفي المدونة أيضاً ما يدل على فواتها بالبيع.

واختلف إذا فاتت إما بالبيع على هذه الرواية، وأما بفوات عينها بعد البيع على ما نص عليه في المدونة، فقيل في ذلك ثلاثة أقوال أحدها وهو قوله في المدونة وفي هذه الرواية إنه يأخذ البقعة بما ينوبها من الثمن، ووجه العمل في ذلك أن تقوم البقعة مهدومة والنقض مطروحاً بها يوم وقعت الصفقة، ثم ينظر ما يقع للنقض من الجميع، فإن كان الثلث مثل أن يكون قيمته مقلوعاً مطروحاً بالأرض مائة وقيمة البقعة مهدومة مائتين، قيل للشفيع إن شيئت أن تأخذ البقعة بالشفعة فخذها بثلثي الثمن كان أقل من قيمة البقعة أو أكثر إن كان الثمن ثلاثمائة وستين أخذها بالشفعة بمائتين وأربعين، وإن كان الثمن مائتين وأربعين أخذ الشفيع البقعة بالشفعة بمائة وستين، وهذا القول على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم البيع، والقول الثاني أنه يأخذ البقعة والثمن الذي باع به الأنقاض كان أقل من قيمته أو أكثر، ويؤدي جميع الثمن فإن كان ثمن الأنقاض من جنس الثمن الذي اشترى به المشتري النقض قَاصَّهُ منه بثمن النقض ودفع إليه البقية، والقول الثالث أنه ليس للشفيع إلَّا الأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي بيع به، وهو اختيار محمد بن المواز، وهذان القولان على قياس القول بأنه يحكم للآخذ بالشفعة بحكم الاستحقاق، وقد رأيت لسحنون أنه قال في هذه المسألة لمالك ثلاثةُ أقوال، وقد قِسْتُهَا فلم يعتدل عندي منها شيء، وأشهب يقول فيها أيضاً قولاً وفيها تنازع شديد، ولا أذكر في وقتي هذا قول أشهب، ويحتمل أن يريد سحنون أن النقض تفوت بالهدم، وهذا الذي يأتي في المسألة على حقيقة القياس بأن الأخذ بالشفعة بيع من البيوع وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن القوم يشترون الثمرة في رؤوس النخيل فباع بعضهم قبل أن يقتسموها هل لشركائه الشفعة أيضاً أم لا؟ أو يكونوا شركاء في الزرع فباع بعضُهم بعدما حَلَّ بيعُ الزرع هل فيه شفعة؟ وفي المقاتي والبقول كلها أو ما تنبته الأرضُ هل فيه شفعة أو جَائِحَةٌ؟

قال: قال مالك في الثمرة في النخل والعنب وما أشبهها من الأصول: لشركائه فيه شفعة إذا باع أحد منهم، والمساقاة كذلك، وقال لي مالك في الزرع: لا شفعة فيه، قال: وقال مالك والجوائح توضع في هذه كلها الثلث فصاعداً إلَّا الزرع فإنه لا جائحة فيه وذلك أنه إنما يباع بعدما يَيْبَسُ.

قال محمد بن رشد: المشهور من الأقوال في الثمرة أن فيها الشفعة ما لم تَيْبَسْ وقد قيل إن الشفعة فيها وإن يبست ما لم تُجَد حسبما ذكرناه في أو مسألة من سماع عيسى، والمشهور في الزرع أنه لا شفعة فيه، ويتخرج وجوبُ الشفعة فيه وإن يَبِس ما لم يحصد، وعلى قياس القول بوجوب الشفعة في الثمرة ما لم تجد، وهو ظاهر قوله في أول رسم من سماع أشهب إن الشفعة في الأرض وفي كل ما أنبتت الأرض.

وأما البقول فالمنصوص أنه لا شفعة فيها ويتخرج وجوب الشفعة فيها أيضاً على قياس القول بوجوب الشفعة في الثمرة ما لم تجد وفي الزرع ما لم يُحصد وعلى ظاهر ما في سماع أشهب أيضاً من قوله إن الشفعة في الأرض وفي كل ما أنبتت الأرض، وقد مضى قولنا في آخر أول رسم من سماع أشهب وفي أول رسم من سماع عيسى ما فيه بيان لهذا.

وأما الجائحة فلا اختلاف في وجوب وَضْعِهَا في البيع إذا بيعت بعد أن أزهت وقبل أن تَيْبَسَ أو يَحِينَ جَدَادُهَا واختلف في وجوب وضعها في الشفعة على الاختلاف في الآخذ بالشفعة هل يحكم له بحكم البيع أو بِحكم الاستحقاق حسبما مضى القول فيه في أول رسم من سماع عيسى، واختلف في وجوب وضعها في البيع إذا بيعت وأُجِيحَتْ بعد أن يبست وَحَانَ جَدَادُهَا واختلف على القَوْلِ بأنها توضع في البيع هل توضع في الشفعة أم لا؟ على الاختلاف الذي ذكرناه في الآخذ بالشفعة هل يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق.

وحكمُ البقول في وجوب وضع الجائحة فيها في البيع حكمُ الزرع إذ لا يباع حتى يَيْبَسَ ويمكن حصاده، وحكمُ الثمرة إذا بيعت وأُجِيحَتْ بعد تناهي طيبها وإمكان جدادها قيل إنها توضع وقيل إنها لا توضع، وفي البقول قولٌ ثالث إنه يوضع فيها القليلُ والكثيرُ، واختلف أيضاً على القول بأنها توضع في البيع هل توضع في الشفعة أم لا على الاختلاف الذي ذكرناه في الأخذ بالشفعة هل يحكم له بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال أشهب في الغائب إذا كان له شفعة فقدم من سفره إن له أجل سنة من حين يقدم في آخرها وكذلك الصغير أيضاً له سنة من يوم يبلغ.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه لا يعتبر بمدة مغيب الشفيع ولا بمدة صغره وبلوغه ومِلْكِه أمرَ نفسه إذا كان صغيراً أو مولى عليه، وقد مضى الاختلاف في حدّ

المدة التي تنقطع فيها شفعة الحاضر المالك لنفسه في رسم البز من سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ بن الفرج: سئل أشهبُ عن الشفعة متى حدّ انقطاعها للحاضر؟ فقال: إذا كان مشتريها يعالج فيها شيئاً هدماً أو مرمة أو ما أشبه ذلك فلا أراها إِلّا وستنقطع قبلَ السنة، وإن لم يكن كذلك فسنة، قال أصبغ: ما أحسنها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها في رسم البز من سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أبو زيد: وقال ابن القاسم في البقول لا أرى فيها شفعة والمقاتي فإني أراها بمنزلة الأصول فيها الشفعة لأنها ثمرة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها قبل هذا فلا معنى لِإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب القسمة والشفعة

مِنْ سَمَاع ابن القَاسِمِ مِنْ مَالِك روَايَةَ سَحْنُونِ

مِنْ كِتَاب حَلَفَ لَيَرْفَعَنَّ أَمْراً إلى السُّلْطَانِ

قال سحنون: أخبرني ابنُ القاسم عن مالك أنه قال في رجل هلك وترك نخلاً وترك عرقاً نحواً من خمسين عرقاً بخيبر ونحوها بواد القرى ومن ناحية الفرع ومن وراء المدينة إلى مكة نحو ذلك وفي ناحية الفرع مثلُ ذلك، وَيَقْسِمُ وَرَثَتُهُ على ثلاثة وعشرين سهماً، فقالوا اقسموا كل أعرق على ناحيةٍ.

قال مالك: لا أرى ذلك لهم، كيف يأخذون نخلةً نخلةً؟! ورأى هذا وَجْهَ ضرورة، ولكن يُقسم ما بخيبر وواد القرى ومن ناحية الفرع، ويعدل في القسمة، وما كان من ناحية الفرع مثلُ ذلك، وما شابه وادي القرى وخيبر ثم يُقَوَّمُ ذلك ويقتسمونه، وتضم النواحي بعضها إلى بعض خيبر إلى واد القرى والفرع إلى ما كان من ناحيتها ولم يَرَهُ مثل القطع التي وصفتُ لك قبل ذلك.

قال محمد بن رشد: الحكمُ في قسم حَوَائِط النخل كالحكم في قسم الأرضين ما جاز من هذا قسمه بالسهمة جاز من هذا، وما لم يجز من هذا لم يجز من هذا، فإذا كانت الحوائط في موضع أو كانت قريبة بعضها من بعض مع استوائها في القرب من الحاضرة التي تعمر منها أو تشابهها في ذلك قسمت قسماً واحداً بالسهمة، وإن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بِيَسِيرٍ تخرج ذلك عندي على اختلافهم في جواز قسم الأرض بالسهمة إذا كان بعضها أكرم وأطيب من بعض، لأنها تتفق بالقرب كما تتفق بالكرم، فتختلف لذلك قيمتُها، وَحَدُّ اليسير في ذلك الميل والميلان ونحو ذلك، وكذلك يختلف أيضاً في جواز قسمتها بالسهمة إذا بَعُدَ بعضها من بعض وهي على حدّ واحد في القرب من الحاضرة، لأن الأغراض تختلف في ذلك فتقسم قسماً واحداً على ما في كتاب القسمة من المدونة في الدارين أنها تقسم قسماً واحداً إذا استوت في النفاق وإن تباعدت في الموضع، ويأتي على ما في رسم الأقضية من سماع أشهب من هذا الكتاب في قسمة الدور أنها لا تقسم قسماً واحداً إلّا على التراضي، وأما إن كان

بعضها أقرب إلى الحاضرة بكثير فلا تقسم قسماً واحداً بالسهمة لأنها لكثرة تباينها في القيمة كالصنفين، فقول مالك في هذه الرواية في الذي هلك وترك خمسين عرقاً بخيبر وخمسين عرقاً بوادي القرى وخمسين في ناحية الفرع ويقسم ورثته على ثلاثة وعشرين سهماً لأن النواحي يضم بعضها إلى بعض فتقسم قسماً واحداً ولا يقسم نخل كل ناحية على حدة لأنه ضرر من أجل أنه لا يصير لكل واحد منهم إن قسموا كل عرق على حدة إلَّا نخلة نخلة، يريد إن دَعَا إلى ذلك بعضُ الأشراك لأن معنى قوله فقالوا اقسموا كل أعرق على حدة أي فقال بعضهم ذلك إذ لو قال ذلك جميعُهم واتفقوا عليه لجاز على التراضي ولم يكن فيه كلام، فقول مالك في هذه المسألة يأتي مثل قول عيسى بن دينار في رسم حَمَلَ صبيا على دابة من سماع عيسى في الأرض الكريمة والدنِيّة إن الكريمة تقسم على حدة والدنية على حدة إن كانت كل واحدة منهما تحتمل أن تقسم على حدة.

ويأتي في المسألة ثلاثةُ أقوال:

أحدها: أنها لا تقسم إلَّا على حدة، فإن لم تقسم على حدة بيعت على حدة وقسم الثمن بينهم إلَّا أن يتفقوا على قسمتها على التراضي بغير سهمه.

والثاني: أنها تجمع في القسم وإن كانت تحتمل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة.

والثالث: الفرق بين أن تحتمل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة أو لا تحتمل وهو قولُ مالك في هذه الرواية وقولُ عيسى بن دينار الذي ذكرته في مسألة الأرض الكريمة والدنية، وقول مالك في آخر المسألة وَلَمْ يره مثل القطع التي وصفت لك قبل ذلك يريد والله أعلم ولم يَرَ هذه الأعراق اليسيرة في كل ناحية التي لا تنقسم على سهام الورثة كالقطع الكثيرة التي تنقسم عليها.

ويتخرج في صفة قسمها بالسهمة فيما يقسم منها بالسهمة ثلاثة أقوال أحدها أنها تقسم قسماً واحداً من حيث تنتهي إليه سهامهم التي تنقسم منها وإن كان سهمُ أقلهم نصيباً ينتهي إلى عشرة أسهم أو أكثر، ثم يقرع بينهم إما على طرف بعد طرف، وإما على طرفين بعد طرفين فمن خرج سهمه على طرف ضم إليه بقية حقه منه وهو مذهب ابن القاسم في المدونة والثاني أنها تقسم على سهم أقلهم نصيباً فيسهم له على طرفين، فيأخذ سهمه حيث خرج له، ثم يقسم الباقي أيضاً على من بقي على سهم أقلِّهم نصيباً مما بقي إلى آخرهم، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة، وذلك يتبين

بالتنزيل، مثال ذلك أن تموت امرأة وتترك زوجاً وأماً وابناً وابنة فللأم السدس، وللابنة السدس وسدس السدس وللزوج السدس ونصف السدس وهو الربع، ولِلابن السدسان وثلث السدس وهي تنقسم من ستة وثلاثين سهماً، وترك أربعة حوائط تنقسم الحوائط الأربعة على مذهب ابن القاسم ستة وثلاثين قسماً ثم يقرع بينهم إما على طرف بعد طرف وإما على الطرفين فمن خرج سهمه في طرف ضم إليه بقية حظه فيه وتنقسم الحوائط على مذهب مالك أَوَّلاً أسداساً لأن سهم الأم أقل الأنصباء، فتأخذ سدسها في طرف من الأطراف بالسهمة، ثم تخلف الخمسة الأقسام الباقية فتقسم ثلاثين نصيباً، تأخذ الابنة منها سبعة أنصباء بالقرعة لأن حقها من الثلاثين الباقية بعد نصيب الأم سبعة، ويأخذ الزوجِ منها تسعة أجزاء بالقرعة لأن حقه منها تسعة ويأخذ الابن منها أربعة عشر جزءاً منها لأن حقه منها أربعة عشر جزءاً، والقول الثالث ذهب إليه ابن حبيب وهو أن تقوم الحوائط كلها حائطاً حائطاً فيعرف حقّ كان وارث من جملة القيمة، ثم يسهم بينهم، فمن خرج سهمه على حائط منها وفي قيمته وفاءٌ من حقه أخذه ولم يكن له سواه ومن خرج سهمه على حائط منها وقيمته أكثر من حقه كان له منه بقدر حقه، ومن خرج سهمُه على حائط وقيمته أقل من حقه كان له جميعه وأَكْمِل له بقية حقه في أقرب الحوائط إليه مثال ذلك أن يكون قيمة أحد الحوائط ستة، والثاني تسعة، والثالث سبعة، والربع أربعة عشر، فإن خرج سهم الأم على الحائط الذي قيمته ستة، وسهم الزوج على الحائط الذي قيمته تسعة، وسهم الابنة على الحائط الذي قيمته سبعة وسهم الابن على الحائط الذي قيمته أربعة عشر انفصلوا وانفرد كل واحد منهم بالحائط الذي خرج إليه بالسهم، وإن خرج سهم الزوج على الحائط الذي قيمته ستة أخذه وبقية حقه من أقرب الحوائط إليه، فإن كان أقربُ الحوائط إليه الحائط الذي قوم بستة كان له نصفه وإن كان أقرب الحوائط إليه الحائط الذي قوم بتسعة كان له منه ثلثه وإن كان أقربُ الحوائط إليه الحائط الذي قوم بسبعة كان له منه ثلاثة أسباعه، وإن كان أقرب الحوائط إليه الحائط الذي قوم بأربعة عشر، كان له منه سبعة ونصف سبعة ثم يضرب لمن بقي من الورثة بالسهام على ما بقي من الحوائط فإن خرج سهم الأم على الحائط الذي قيمته تسعة كان لها منه ثلثاه مع الزوج إن كان أخذ منه ثلثه أو مع من يخرج له السهم عليه بعد ذلك إن كان لم يأخذ الزوج منه شيئاً، فإن خرج سهمها على الحائط الذي قيمته سبعة كان لها ستة أسباعه مع من يخرج له السهم عليه بعد ذلك إن كان لم يأخذ الزوج منه شيئاً، وإن كان الزوج قد أخذ منه ثلاثة أسباعه كان لها بقيته

وبقية حقها من أقرب الحوائط إليه على ما تقدم إلى أن ينقضي الاستهام بينهم في ذلك، وهو قول بعيد في النظر، لأن الأمر قد يؤول بينهم على القول إلى ألَّا ينفصل جميعهم عن الشركة أو إلى ألَّا ينفصل عنها واحد منهم، وَقَوْلُ مالك في تكرير القسمة مرة بعد أخرى تعب وعناء، فقول ابن القاسم أصح في النظر وأولى والله الموفق.

مسألة:

وسئل مالك عن جُعْلِ الذين يحبسون مع القاضي ويقتسمون الدور في جَعَائِلهم فكرهه، وضرب لذلك وجهاً وقال قد كان خارجةُ ابن زيد ومجاهدٌ يقسمان ولا يأخذان شيئاً يعني مع القضاء، قال ابن القاسم: وذلك رأيي وأرى أن ينظر الوالي في ذلك إلى رجل ممن يحتاج الناس إليه في ذلك فَيُجْرِي عليه عطاءً مع الناس كما يُجريه على الغزاة ومن يحتاج إليه في أمر المسلمين ويحبسه عليهم مثل القاضي وشبهه.

قال محمد بن رشد: هذا مثلُ ما في المدونة من كراهية أَرْزاق قسام القاضي، ووجه الكراهية في ذلك أن القاضي هو الحاكم بذلك على اليَتِيمِ باجتهاده فلعله لو كان مالكاً لأمره واحْتاج إلى القسمة لَوَجَدَ من يستأجره على ذلك بأقل مما جعله القاضي عليه، وكذلك إذا تحاكم عليه القوم واختصموا عنده في القسمة فقضي بها بينهم وأمر القاسمَ بذلك وجعل له الأجرة عليهم باجتهاده يكره له أخذُ ذلك إذ لعلهم لا يرضون بذلك المقدار الذي جعله له عليهم، وإن رضي بذلك المحكومُ له لا يرضي به المحكوم عليه، ولعلهم لا يرضون به قاسماً بينهم، وكذلك قال مالك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الأقضية لمن سأله في هذا المعنى من القضاء: وليكن من شَأْنِكَ أن تدعو الورثة فتأمرهم يرتضون رجلاً، فإذا ارتضوه وَلَّيْتَه أمرهم يحسب بينهم، فإني قد رأيت بعض من عندنا يفعل ذلك، فهذا كله بَيِّنٌ في أن الأولى والأحسن لِقُسَّام القاضي أن يتنزهوا ويتورعوا عن أخذ الجعل على ما يأمرهم به القاضي من القسمة كما كان يفعل خارجة بن زيد ومجاهد، ومن هذا المعنى جعل الشرط على الناس فيما يبعثون فيه من أمرهم، وقد مضى ذلك في رسم طلق من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان وأما إذا استأجر القومُ قاسماً يقسم بينهم فلا كراهية في ذلك، وكذلك قال في المدونة. وكذلك أيضاً لا يكره أخذ ما جعله له الإمام من بيت المال على ذلك لأن هذا وشبهه مما يحتاج إليه المسلمون ويعمهم نفعه فعلى الإمام أن يرزقهم من بيت مالهم وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: باع غلاماً

وسئل عن رجل اشترى ثلاثة أخماس من حائط واشترى الآخر خُمُسَيْنِ ثم إن أحدهما دعا صاحبَه إلى القسم فأبى قال تعال أقاومك فيتقاومان نخلة نخلة فدخلت عليهما وضيعة، قال مالك: الوضعية بينهما إنما لو باعها من رجل آخر يَتَردَّان النقصانَ بينهما ويجمعان الثمن ثم يترادان بعد ذلك النقصان.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله من أن الوضعية بينهما أخماساً كما كان يكون الربح بينهما لو ربحا في ذلك. مثال ذلك أن يشتري أحدهما ثلاثة أخماس الحائط بثلاثين ويشتري الآخر خمسيه بعشرين، فيتقاومان الحائط صاحب الثلاثة الأخماس على صاحب الخُمسين بأربعة دنانيرلأن الواجب لصاحب الثلاثة الأخماس من جميع الثمن وهو أربعون ثلاثة أخماسه وهو أربعة وعشرون عنده من ذلك عشرون، بقيت له على صاحبه أربعة يرجع بها عليه كما لو باعا جميعاً الحائط من أجنبي بأربعين لوجب لصاحب الثلاثة الأخماس منها أَرْبعة وعشرون ولصاحب الخمسين ستة عشر.

ومن كتاب المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل مالك عن الرجل الغائب يأتي إلى شريك له فيقول له تعال أقاسمك فيقول قد قاسمتك وهذه ناحيتي التي أسكن فيها، وهذه ناحيتك، ويقول الآخر ما قاسمتك شيئاً، على من ترى البينة؟ قال: إن أولاهما بالبينة الذي يقول قد قاسمتك.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال لقول النبي عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"(١). والذي يدعي القسمة مدع فعليه إقامة البينة إلَّا أن

(١) أخرجه مسلم (١٦٥٠)، وأخرجه الترمذي (٨٧)، وأخرجه أبو داود (٤١٣٦)، وأخرجه ابن ماجه (٦٩٠)، وأخرجه أحمد في مسنده (١١٤١)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٩٤٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٣٠٩١)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٩٥٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١٩١٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥١٢٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢١٠١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٤٠٨)، وأخرجه ابن أبي عاصم في الديات (١٤١)، وأخرجه ابن المنذر في الأوسط في السنن (٤٣٩)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٥١٥)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣٥٧١)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (٤١٣)، وأخرجه ابن عبد البر في الإنصاف فيما بين علماء المسلمين (١٠)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢٤٢٢)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق =

يَحُوز عليه في وجهه تلك الناحية مدة تكون فيها الحيازة عاملة فيكون القولُ قولَه فيما ادعاه من القسمة مع يمينه وقد مضى الاختلاف في قدرها وتحصيل القول في ذلك بين الأجنبيين وغيرهم في رسم يسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق.

مسألة:

وسئل عن الرجل والمرأة يرثان الدَّار فيقع لأحدهما مواريث بعضها بعد بعض فيُرِيدَان القسم أترى أن يجمع له حظه كله في قسم واحد أم يقسم على ما ورثا؟ قال: بل يجمع حظه كله في قسم واحد كل ما ورث من ذلك المورث بعد المورث أو اشتراه في قسم واحد ولا يَجْمَعُ من يَقْسِمُ منهم لرجلين يقسم كل واحد منهما حقه، قال ابن القاسم: يريد ألَّا يجمع لاثنين من الورثة سهمهما في موضع واحد ويقسم لكل واحد منهما حقه على حدة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إن القسمة لا تكون إلَّا على ما انتهى إليه حظه بالمواريث والأشرية، وإن كان ذلك شيئاً بعد شيء، إذْ لا يصح أن يقسم له بعض حقه ويبقى شريكاً ببعضه إلَّا مع اتفاقهما على ذلك، وذلك بين إذا كانت الدراهم تنقسم على ما انتهى إليه حقه فيها وقد كانت تقسم على ماله فيها ولا يشبه أن يكون من حقه أن يقسم له حقه الأول منها إذا كان الزائد بميراث لأنه يقول قد وجب لي القسمة فليس الميراثُ الذي وجب لي بالذي يُسقط حقي في القسمة وألا يكون ذلك من حقه إذا كان بشراء أو هبة بعدها.

وأما قوله: إنه لا يجمع حظ اثنين في القسم فهو قوله في المدونة، ومعناه إذا لم يكونوا أهل سهم واحد مثل الزوجات والبنات والجدات والأخوات والإخوة للأم، لأن أهل السهم الواحد يجمع حظهم في القسمة، وأما غير أهل السهم الواحد لا يجمع حظهم في القسم يريد بالسهمة لأنه غرر، وأما في القسم على المراضاة بغير سهمه فذلك جائز وبالله التوفيق.

ومن كتاب يسلف في المتاع والحيوان المضمون

سئل مالك عن قوم ورثوا أرضين مفترقة فأراد بعضهم أن يجعل نصيبه في موضع

=

في مسائل الخلاف (٢١٥٧)، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب (١٠١٩)، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني (٣٨٥).

وأبى الآخرون أن يفعلوا ذلك، وقالوا نقطع نصيبك من كل أرض، قال مالك: إن كانت الأرضون متقاربة وكانت كلها بنضح أو بعين كلها، رأيت أن يجمع له نصيبه في موضع واحد، وإن كانت متباعدة بعضها من بعض في مثل قرى مختلفة رأيت أن يُعْطي نصيبَه من كل أرض، ومعنى قوله أن يجمع ما يسقى بالعين إن كانت الأرضون متقاربة وأن يجمع ما يسقى بالنضح إن كانت الأرضون متقاربة ولا يجمع بين النضح والعين في القسم، وإن لم تتقارب لم يجمع له نصيبه وإن كانت بنضح كلها.

قال محمد بن رشد: قد مضى في أول مسألة من السماع تحصيلُ القول في البُعد من القرب المانع من الجمع في القسمة، فلا معنى لِإعادته، ونص في هذه الرواية على أنه لا يجمع النضح مع السقي بالعين ولم ينص فيها هل بجميع ما يسقى بالعين مع البَعِلِ أم لا؟ وظاهرها أنها لا تجمع مثل ما في الواضحة وسماع أشهب منصوص عليه، خلافُ ما في الموطأ من أن البعل يقسم مع العين إذا كان يشبهها، وأما النضح فلا يقسم مع البعِل ولا مع العين قولاً واحداً على ما نص عليه في هذه الرواية، وفي الموطأ وفي الواضحة، واختلف إذا كانت كلها بعلاً أو تسقى بعين أو بنضح وبعضها أفضل من بعض على ما سيأتي القولُ فيه في رسم حمل صبيا من سماع عيسى، وبالله التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك روايةَ سحنون

قال أشهب وابنُ نافع: سألنا مالكاً عن الأرض فيها النخل بعضها أقرب من بعض من الماء، وهي بين أشراك فأرادوا القسمة، قال: يقسم بالقيمة فيفضل ما كان قرب الماء لأنه ربما بعد النخل من الماء وقل الماء فلم يشرب الماء من النخل إلَّا ما قرب، تكون هذه التي هي أقرب إلى الماء مائة نخلة، والتي على أثرها، خمسين ومائة، والتي خلفها ثلاثمائة يقسم ذلك بالقيمة.

قال محمد بن رشد: هذا على الاختلاف في جمع الأرض في القسمة إذا كان بعضها أفضل من بعض وسيأتي ذلك في رسم حمل صبياً من سماع عيسى بعد هذا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله مسائل بيوع

قال: وسألته عن الإِخوة للأم يرثون الثلثَ فيقول أحدهم اقسموا لي حصتي على حدة ولا تضموني إلى إخوتي، قال: ليس ذلك له حتى يقسم له ولإخوته جميعاً الثلث،

ثم يقاسمهم بَعْدُ إن شاء، وكذلك أزواج الميت يرثن الربع أو الثمن فتقول إحداهن اقسموا لي حصتي فتقع حصة هذه ها هنا وحصة هذه ها هنا فلا أرى ذلك لهن حتى يقتسم لهن جميعاً، فيقتسمن بعد أن يقسم لهن جميعاً إن شئن، وكذلك العصبة الإِخوة وغيرهم يقول بعضهم اقسموا لي حصتي فليس ذلك لهم حتى يقسم للإِخوة للأم حصتهم وللأزواج حصتهن ثم يقسم العصبة ما صار لهم إن شاؤوا.

قال محمد بن رشد: أما أهل السهم الواحد وهم الزوجات والبنات والأخوات والجدات والإِخوة للأم والموصى لهم بالثلث فلا اختلاف أحفظه أنه يجمع حظهم في القسمة بالسهمة شاؤوا أو أبوا، لأنهم بمنزلة الواحد. وأما العصبة فاختلف على ثلاثة أقوال أحدها أنهم كأهل السهم الواحد يقسم لهم بحقهم معاً ثم يقتسمون بَعْد إن شاؤوا وهو قوله في هذه الرواية وإليه ذهب ابن حبيب في الواضحة، والثاني أنهم ليسوا كأهل سهم واحد فلا يجمع حظهم في القسمة بالسهمة وإن رضوا، وأراه قول المغيرة، ويحتمل أن يكون ذهب إليه سحنون، ولذلك طرح من كتاب القسمة من المدونة جملة المسألة التي وقع من قول ابن القاسم في آخرها متصلاً بقول مالك فيها، وقد قال لي مالك ما أخبرتك أنه لا يجمع نصيب رجلين في القسم، وهذا في أهل الميراث كلهم غيرها ولاء، وهذا تفسير مِني عن قول مالك، والثالث أنه لا يجمع حظهم في القسم بالسهمة إلَّا ولا يريدوا أن يقتسموا، وإلى هذا ذهب ابن القاسم في المدونة لأنه فسر قول مالك فيها فيمن ترك زوجة وعصبة وترك أرضاً إن المرأة يضرب لها بحقها في أحد الطرفين، فقال معناه عندي إذا كان العصبة واحداً أو عدداً لا يريدون القسمة، وقد اختلف في تأويل قول مالك إِن المرأة يضرب لها بحقها مع العصبة في أحد الطرفين فقيل إنه يضرب لها في أحد الطرفين مع الورثة من كانوا؟ ثم يقتسمون بَعْدُ إن أحبوا وهو ظاهر قول مالك في المدونة ورواية ابن الماجشون عن مالك، وقيل إن ذلك مع العصبة بخاصة إذا لم يريدوا أن يقتسموا وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

قال: وسئل عن المرأة يموت زوجها أيقتسم ماله قبل أن يستبرأ رحمها، فقال إن كانت حاملاً لم يقتسم الميراث حتى تضع، قيل له إنما مَاتَ زوجها ولم يعلم أنها حامل أيؤخر الميراث حتى يستبرأ رحمها بحيضه فقال ما سمعت بهذا ولكن إن كانت حاملاً أُخِّرَ الميراث ولم يقسم حتى تضع ما في بطنها ثم سُئل بعد ذلك فقيل له أيضاً توفي وله امرأة قد أَبْطَأَتْ عنها حيضتُها أيُقتسم ميراثه حتى تحيض، فقال: لا يُقتَسَم

ميراثه ولا يعجل فيه حتى يتبين من حملها فقيل له حتى يستبرأ، فقال ليس حتى يستبرأ ولكن لا يعجل في قسم ميراثه حتى ينظر في ذلك من أمرها.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في رسم العتق من هذا السماع من كتاب العتق أن الميراث لا يقتسم حتى توضع الحمل، فإن قال الورثة نحن نجعل الحمل ذكراً ونعزل له ميراثه لم يكن ذلك لهم، قال أصبغ فإن فعلوا فسخت القسمة ووقف جميعُ المال فإن غُصِبَ سهمُ الورثة يريد في أيديهم بعد أن أخذوه قبل أن تفسخ القسمة ويوقف المال وولد المولود أعطى نصيبه ومضى الضمان عليهم، وإن تلف سهم المولود وسلم سهمهم أعطى سهمه مما بأيديهم وابتدئت القسمة فيه لا من الجميع، هذا قولُ أصبغ إلّا ما زدْته فيه على سبيل البيان والتفسير، ولو تلف الجميع سهم المولود الذي وقف له وَسِهَامُهم التي أخذوها بأيديهم لوجب أن يرجع عليهم بحظه مما تلف بأيديهم لأنهم تعدوا بأخذه لا بحظه من الجميع، لأنهم فعلوا في توقيف حظه ما وجب إذ كان الواجب أن يوقف الجميع، وكذلك إن كان له ولد فقالت امرأته عجلوا لي الثُّمُن لأنه لي واجب وضعتُ ذكراً أو أنثى أو أنفش الحمل أو لم تضع شيئاً لم يكن ذلك لها، قال مالك في المبسوطة: فإن جهلوا ذلك فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك أو هلك أو نقص لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها، قال ابن القاسم مفسراً لِقول مالك: أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء، وأما الحمل فإنه يرجع على من كان من الورثة مَليًّا فيقاسمهم ما في أيديهم ويتبع هو وهم المُعدمين.

قيل له: فما فرق بين ذلك وبين الورثة إذا اقتسموا ثم طرأ ولد لم يرجع ذلك الولد على الأملياء دون المعدمين، لكن يرجع على المليء والمعدم بقدر ما صار في يديه من مصابته؟ فقال: فرق ما بينهما لِأن الذين اقتسموا المال قبل أن يوضع الحمل صنعوا ما لا يجوز لهم، وإن الذين اقتسموا المال وله ولد لم يعلموا به صنعوا ما كان يجوز لهم، فهذا فرق بينهما، وأراه قولَ مالك، قال ابن القاسم فإن أعتق أحدُ لورثة رأساً من رقيق الميت قبل أن يوضع الحمل قُوِّمَ عليه فعتق عليه كله، ومعنى ذلك عندي إذا كان يرث مع الحمل ولم يكن الحمل يَحْجُبُه والله أعلم.

واختلف إذا أوصى بوصايا وله حمل، فقيل إنها لا تنفذ الوصايا وينظر الحمل، وهو قول مالك في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا، وقولُهُ أيضاً في رواية ابن أبي أُوَيس عنه، وقولُ محمد بن مسلمة، قال لِأنَ ما يهلك يهلك من رأس المال وما زاد زاد من رأس المال، فيكون الموصى له قد استوفى وصيته على غير ما

ورث الورثة، وروى ابن نافع عن مالك في المبسوط أن الوصايا تُنَفَّذُ ويؤخر الورثةُ القسمةَ حتى تضع المرأة، وهو قول أشهب في بعض روايات العتبية من رسم البز من الكتاب المذكور.

وأما الدَّين فإنه يُؤَدِّي من تركته ولا ينتظر به وضع الحمل، هذا ما لا أعرف فيه خلافاً إلَّا ما ذكر فيه عن بعض الشيوخ من الغلط الذي لا يعد في الخلاف، قال البَاجِي شهدتُ ابن أيْمَن يَحكي في ميت مات وترك امرأته حاملاً أنه لا يقسم ميراثه ولا يؤدي مِنْه دَيْنه حتى يوضع الحمل فأنكرتُ ذلك، فقال: هذا مذهبنا ولم يأت ابن أيمن بحُجَّة، والصحيح أن يؤدي دينه ولا ينتظر الحمل، ولا يدخل في هذَا اختلاف قول مالك في تنفيذ الوصية قبل وضع الحمل للورثة الرجوع على الوصي لهم بثلثي ما قبضوا ولعلهم سواء كانوا معينين أو غير معينين فلا يجدون على من يرجعون، وأما تأخير أداء الدَّين حتى يوضع الحمل فلا علة توجبه بل يجب ترك التوقيف وتعجيل أداء الدين مخافة أن يهلك المال فيبطل حقّ صاحب الدين من غير وجه منفعة كان في ذلك للورثة وإذا وجب أن يقضي دينُ الغائب مما يُوجَدُ له من المال مع بقاء ذمته إن تلف المال الموجُود له كان أحرى أن يؤدي الدين عن الميت من، تركته لوجهين أحدهما أن الميت قد انقطعت ذمته، والثاني أن الحمل لا يجب له في التركة حقّ حتى يولد حَيًّا ويستهل صارخاً، ولو مَات قبل ذلك لم يورث عنه نصيبه، والغائب حقه واجب في المال الموجود، ولو مات ورثه عنه ورثته، فإذا لم ينتظر الغائب مع وجوب المال الذي يؤدي منه الدين الآن له كان أحرى ألَّا ينتظر الحمل إذ لم يجب له بعد في التركة حق، ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها إنَّ من أثبت حقاً على صغير قضى له به عليه ولم يُجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك، فإذا قضى على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل بتأدية دين الميت، وهذا كله بين لا ارْتِيَاب فيه ولا إشكال، فقف على هذه الثلاث المسائل: الدَّين يؤدي باتفاق ولا ينتظر وضع الحمل والتركة لا يقتسمها الورثة باتفاق حتى يوضع الحمل، والوصايا تختلف هل يعجل إنفاذُها قبل وضع الحمل أو لا يعجل حتى يوضع الحمل؟ فإذا توفي الرجل وله امرأة وجب ألا يعجل فيه الميراث حتى تسأل المرأة هل بها حمل أم لا؟ فإن قالت أنا حامل وقفت التركة حتى تضع أو يظهر أنه ليس بها حمل، بانقضاء أَمَدِ عِدَّة الوفاء وليس بها حمل ظاهر، وان قالت لستُ بحامل قبل قولها واقتسمت التركة، وإن قالت لا أدري أُخر قسمُ الميراث حتى يتبين أنه ليس بها حمل بأن تحيض حيضة أو يمضي

أمد العدة وليس بها ريبة من حمل، وهذا معنى قوله في هذه الرواية لا يعجل بقسم الميراث حتى يتبين من حملها، وكره أن يقول حتى تُسْتَبْرَأَ إذ هي مأمونة على نفسها في ذلك مصدقة في قولها بما دل من كتاب الله عزْ وجل على ائتمانها بقوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع الأول

قال وسألت مالكاً عن الرجلين يكون بينهما الشيء من الثمار النخل أو العنب أو التين فَيُريدان اقتسام ذلك في رؤوس الشجر بالخرص فقال لا بأس باقتسام ذلك كله في رؤوس الشجر من النخل والعنب أو التين أو الثمار كلها إذا وُجِدَ من يعرف ذلك ويحسنه، وإنما يجوز ذلك إذا طابت الثمرة وحل بيعها، فأما قبل أن يحل بيعها فلا يصلح ذلك وإنما يقسم ذلك إذا طاب وحل بيعه بالخرص وهو يعمل به ها هنا عندنا في ثمر النخل.

فقلت له: وما يدعوهم إلى اقتسامه بالخرص؟ فقال: إنما يدعوهم إلى ذلك أن يكون أحدهم يريد أن يأكله رطباً أو يبيعه والآخر يريد أن يأكله أو يبيعه تمراً، فإذا اختلفا هكذا فكان هذا يريد به أن يقسم في شَجَرِهِ إذا طاب وحل بيعه، لا يحل اقتسام شيء منه إلا بعد أن يطيب ويحل بيعه، فأما قبل أن يطيب فلا يصلح ذلك.

قلت لَهُ بعد ذلك: إنك قد قلت لي في الثمار من النخل والأعناب والأتيان والثمار كلها تكون بين الشريكين إنه لا بأس أن يقتسما ذلك في رؤوس النخل أو الأشجار بالخرص إذا كان ذلك الثمر قد طاب وحل بيعه، وأنه رحمكَ الله قد يكون في ذلك الثمر أصناف غير واحدة فيكون في النخل العجوة والصيحاني والبرني وغير ذلك من الأصناف ويكون في الأعناب الأبيض والأسود والأحمر، ويكون مع ذلك في غيرها من الثمار فيكون في الشيء منها أصناف غير واحدة فكيف ترى أن يقسم ذلك؟ أيقسم كل صنف منها على حدته حتى يصير لكل واحد منها من عدد الكيل عدداً واحداً ولا يقتسمان فيأخذ هذا نخلة برني خرصها عشرة أَصْوُعٍ بنخلة يعطيها الآخر من الصيحاني أو من العجوة وخرصها خمسة عشر صاعاً، قال وكذلك لو كانت النخلة عجوة أو صيحانياً أو برنياً وبعض ذلك أفضل من بعض أسلم طعاماً وأكثرُ قدراً وأقل حَشَفا فإنه يقسم كل واحد منهما على حدته حتى يصير لكل واحد منهما من عدد الكيل عَدَدٌ واحد، ولا يقتسمان فيأخذ هذا نخلة طيبة الطعام خرصها عشرة أصوع بنخلة يعطيها الآخر خرصها خمسة عشر صاعاً.

فقلتُ له إني أَمْتَعَ اللهُ بك لم أرد هذا الذي أردت إذا كانت النخل فيها غير صنف واحد العجوة والصيحاني والبرني فأراد اقتسام ذلك مجتمعاً ليس كل صنف منها على حدته يعطي هذا نخلة صيحاني بنخلة يأخذها من برني وعجوة وخرصها واحد جميعاً أترى بذلك بأساً؟ أم لا يقسم ذلك على كل حال من الحال إِلَّا كل صنف من ذلك على حدته الصيحاني على حدته والعجوة على حدته والبرني على حدته.

فقال: إذَا كان أَحَدهما لا يأخذ أبداً من مكيلة الثمرة في الخرص أقل ولا أكثر مما يأخذ صاحبه فلا بأس بأن يقسم ذلك كله بالخرص مجتمعاً ليس كل صنف على حدته إذا لم يتفضل أحدهما على صاحبه في مكيلة الخرص، وكان ما يصير إلى كل واحد منهما في الخرص من عدد المكيلة إلى عدد واحد فلا يُبَالِي كيف أقتسم ذلك كل صنف على حدته أو اقتسم جميعاً لا بأس بذلك كله إذا لم يتفضل أحدُهما على صاحبه، قيل أرأيت الزرع أيقسم كذلك؟ فقال لا أرى ذلك يجوز في الزرع ولا أراه يجوز إِلَّا في الثمار. قال محمد بن رشد: سَاوَى في هذه الرواية بين ثمار النخل وسائر الثمار كلها من العنب والتين وغير ذلك مما يجوز فيه التفاضل ومما لا يجوز في جواز قسمة ذلك بالخرص إذا اختلفت الحاجة في ذلك، خلافُ مذهب ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك في أن القسمة في ذلك لَا تَجوزُ على الخرص مع اختلاف الحاجة إِلَّا في العنب والنخل والذي مضى فيه الخرص لوجوب الزكاة فيه، وإلى هذه الرواية أشار في المدونة بقوله: وذلك أنه ذكر بعض أصحابنا أن مالكاً أرخص في قسم الفواكه بالخرص، وهذه الرواية أظهر وأصح في المعنى من رواية ابن القاسم عن مالك، لأنه إذا جاز التَّحَرِّي والخرص فيما لا يجوز فيه التفاضل لضرورتهم إلى ذلك من أجل اختلاف حوائجهم فأحرى أن يجوز ذلك فيما يجوز فيه التفاضل لا تدْخله المزابنة، وقولُه أيضاً إنما يجوز ذلك إذا طابت الثمرة خلافٌ لما في المدونة، لأنه أجاز فيها قسمة البلح الكبير على الخرص، وفي رؤوس الثمار إذا اختلفت حوائجهما فيه خلافُ قول سحنون في ذلك، فاشتراط مالك في هذه الرواية طيب الثمرة مثل مذهب سحنون في البلح الكبير لأن العلة عنده في أن قسمته بالخرص لا تجوز هو أنه إن ترك أحدهما نصيبه أو شيئاً منه حتى يطيب انفسخت القسمة بينهما، فإذا كان هذا يأكل وهذا يبيع وكل بِجَدَادٍ لَا يَجُوزُ لكل واحد منهما أن يترك شيئاً منه حتى يطيب فلم تختلف حوائجهما لأنهما إذا كان لا بد لهما من الجد قبل الطياب فليقتسماه إذا جدَّاه بالكيل، وقول ابن القاسم في هذا أظهر لأنهما لَا يجدَّان معاً وإرادة كل واحد منهما أن يجد

بقدر حاجته، أحدُهما قليلاً والآخر كثيراً اختلاف حاجة يجوز لهما به قسمته على الخرص، وأما الزرع فلا يجوز قسمته على الخرص باتفاق لاتفاق حوائجها فيه، إذ لا يؤكل فريكاً فلا تجوز قسمته إِلَّا بالكيل بعد أن يحصد ويدرس إِلَّا أن يكون ذلك قبل أن يبدو صلاحه على أن يحصد كل واحد منهما حصته مكانه فيجوز على الاختلاف في قسمة البقل القائم بالخرص والثمر الذي يجوز فيه التفاضل وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وَسَأَلْتُهُ عن الرجلين يشتريان الرقيق ثم يدعو أحدُهما صاحبَه إلى قسم الرقيق أيكون ذلك على شريكه إذا كانت تلك الرقيق تنقسم؟ قال: نعم، أرى ذلك له عليه إذا كانت الرقيق تنقسم، فقلت له يقول إذا دَعَا أحدُهما صاحبه إلى المقاسمة كان عليه أن يقاسمه إياها إن كانت تنقسم وإِلَّا باعوها، فقال نعم إذا كانت تنقسم كان عليه أن يقاسمه إياها وإن لم تنقسم تَقَاوَمُوها أو باعوها في السوق، فقلت له بعد ذلك بيوم: أرأيت القوم يشتركون فيشترون الدور ثم يدعو بعضُهم إلى القسم أيجمع كل واحد منهم حقه من الدور في موضع واحد إذا كان متقارباً أم يقسم بينهم كل دار على حِدَّتِهَا؟ فقال: بل يقسم لكل إنسان منهم حقه من الدور في موضع واحد إذا كان متقارباً، قلت له ما تقارب ذلك؟ قال: في مكان من المدينة بناحية واحدة وكان لعرض واحد من الأعراض فإذا كان ذلك كله يقسم جميعاً فيجمع لكل إنسان منهم حقه في موضع ولا يعطي حقه من كل دار فيها، وأما ما تباعد منها بعضُها من بعضٍ فلا يقسم كل واحد إِلَّا على حدته.

قال محمد بن رشد: قوله في الشريكين يكون بينهما الرقيق فيدعو أحدهما إلى القسمة إنها تنقسم بينهم إن كانت تنقسم يريد إن كانت تعدل في القسم بالقيمة حتى يصير لكل واحد منهما في حظه عبد كامل أو عبدان كاملان أو عبيد كاملة، فإن لم تنقسم بينهما إِلَّا بجزء من عبد تقاوموها أو باعوها فاقتسما الثمن، يريد تقاوموها إن أحبوا ذلك أو باعوا، لأن المقاومة لا يُجْبَرُ من أبى منهما، فكان الصواب في الكلام أن يقول إنها إن لم تنقسم باعوها في السوق إِلَّا أن يريدوا أن يتقاوموها فيجوز ذلك بينهم، ويأتي في هذه المسألة على ما ذكرناه من قول ابن حبيب في أول مسألة من سماع ابن القاسم أنها إن لم تقسم بالقيمة على قدر حظوظهم منها قُوِّمَ كل عبد منها على حدة ثم يضرب عليها بالسهام، فإن خرج سهم أحدهم على عبد منها وقيمتُه أكثرُ من حظه كان له منه قدرٌ حظه وكان بَقِيَّتُهُ وسائرُ العبيد لشريكه، وإن خرج سهمه عليه وقيمته أقل من

حظه كان له وضرب له بالسهم الثانية فإن خرج سهمه على عبد قيمته أكثر من بقية حظه كان له منه بقدر ما بقي له من حظه، وإن خرج سهمه على عبد قيمته أقل من قيمة حظه أخذه وضرب له بالسهم الثالث على ما بقي من العبيد حتى يستكمل بقية حظه كاملاً، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت له: أرأيت الدارين تكون إحداهما في موضع حي عامرٍ يُرْغَبُ والأخرى في موضع غير عامر، وكلاهما بقرية واحدة؟ قال: أما الشيء البعيد مثل منزلي هذا ومنزل آخر بالتشبيه، فإنه يقسم كل واحد منهما على حدته ولا يقتسمان جميعاً حتى يجمع لأحدهما حقه إذا كانت متباعدة هكذا، وإنما هذا في الدور إذا تباعدت هكذا قسم لكل واحد منهم في ذلك كله، ولم تجمع له في موضع واحد، وليس الحوائط في هذا مثل الدور والحوائط إذا كانت هكذا بالمدينة وما قاربها وإن تباعدت بعضها من بعض فإنها تقسم فيقطع لكل واحد منهم نصيبه من الحوائط كلها في موضع واحد إلَّا أن يكون بعضها ليس يقارض صاحبها سائر المدينة لا تقتسم حوائطها مع حوائط خيبر تقسم هذه على حدتها وهذه على حدتها، وليس يقسم العين مع النضح، ولا البعل مع السقي وإن تقاربت الحوائط، وإنما يقسم كل شيء من هذه بينهم إذا كانت على هذه الصفة على حدته إلَّا أن يتراضوا أن يجمعوا ذلك كله في القسم فيكون ذلك لهم.

قلت له: أرأيت إن كان الحائطان جميعاً متقاربين في الموضع وكلاهما من سقيه على شيء واحد من عين أو نضح أو بعل إلّا أنَّ أحد الحائطين عجوة والآخر صيحاني إنما يختلفان في ثمارهما فأرادَا اقتسامهما أيقسمِ لكل واحد منهما حقه من كل حائط أو يجمع له من الحائطين جميعاً في حائط واحد؟ فقال لي بل يقسم له كله من الحائطين فيجمع له في حائط واحد ولا يقسم له في كل حائط بحقه فيقطع له ذلك في الحائطين جميعاً، وإن كان أحدهما صيحانياً والآخر عجوة فإن ذلك يجمع لكل واحد منهما في موضع واحد لا يقسم له في كل حائط بحقه، قال لي: وكذلك ما ورث من الأمْوال والدور وهو مثل ما يشتري منها، فالمرأة يقطع لها الربع من الدور في موضع واحد إذا كانت الدور متقاربة، وإنما تقسم هذه الأشياء إذا كانت هكذا بالقيمة.

قال محمد بن رشد: راعي في قسمة الدور في هذه الرواية اختلاف مواضعها ولم يراع اختلاف نفاقها، فلم يُجِزْ أن يجمع في القسمة إذا اختلف مواضعها بالبعد وإن اتفقت بالنفاق عكس ما في المدونة من أنها تقسم قسماً واحداً إذا اتفقت مواضعها في

النفاق وإن اختلفت بالبعد ولا تقسم قسماً واحداً إذا اختلفت مواضعها في النِّفاقِ وإن اتفقت في القرب، وفي المسألة قول ثالث يقوم من المدونة أنها لا تقسم قسماً واحداً إلَي أن يتفقا في النفاق والقرب، فإن تباعد ما بينهما في المواضع واختلف موضعهما في النفاق وإن كان قريباً لم يجمع في القسم، وقُسِمَ كان واحد منهما على حدته. وتفرقته بين الحوائط والدور في مراعاة البعد ليس بِبَيِّن في القياس والنظر، الصواب أن يدْخل في الحوائط الاختلاف من الدور حسبما ذكرناه في أول مسألة من سماع ابن القاسم وفي قوله بعد ذلك إن الحائطين إذا كانا جميعاً متقاربين في المواضع يجمعان في القسم دليل على أنه لا يجمعان فيه إذا لم يكونا متقاربين، فعلى هذا ساوى بين الدارين والحائطين وهو القياس على ما ذكرناه.

وقولُهُ: إن البعل لا يقسم مع السقي وهو خِلَافُ قول مالك في الموطأ مثل ما حكى ابن حبيب في الواضحة وقد مضى هذا في آخر رسم من سماع ابن القاسم، وقولُه إن الحائطين يجمعان في القسم وإن كان ثمرُ أحدهما عجوة والآخر صيحانياً صحيح لا اختلاف فيه لأن العجوة والصيحاني صنف واحد، ولو كان أحد الحائطين نخلاً والثاني تيناً أو عنباً لما جمعا في القسمة بالسهمة لِأَنَّهُمَا صنفان وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن توفي وترك ثلاثة ولد ذكوراً وترك ثلاثة أعْبُدٍ واقتسم الورثة فأخذ كل واحد منهم عبداً فتوفي أحدُ الأعبد عند أحدهم واعترف الآخر في يد الثاني، وبقي الآخر في يد الثالث، فقال الذي مات العبد في يديه هو منه، وليس للذي اعترف العبد في يديه عليه شيء، لأنه قد فات عنده، ويرجع الذي اعترف العبد في يديه على أخيه الذي في يديه العبد الثاني فيكون له ثلثه وللذي في يديه العبد الثلثان، ولا يكون لأخيهما الذي توفي العبد في يديه فيه شيء لأنه مات عنده، ولا يكون للذي انتزع منه العبد من الباقي إلَّا الثلث، وإن كان هذا العبد الباقي مات أيضاً عند صاحبه ما كان عليه شيء ولا يكون للذي اعترف العبد في يديه عليه شيء.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضت في سماع سحنون من كتاب الاستحقاق والكلام عليها مستوفى فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب المكاتب

قال عيسى بن دينار: سئل ابن القاسم عن رجلين اشتَرَيَا عشرة أرؤسٍ فاقتسماها فأخذ كل واحد منهما خمسة، فكان حظ أحدهما خيراً من حظ صاحبه بدينار ونصف،

فغرم لصاحبه ديناراً ونصفاً فوجد الذي أخذ الدينار ونصفاً في حظه رأساً به عَيْبٌ وقد فاتت رقيق صاحبه أو لم تفت، قال ابن القاسم: إن لم تفت رقيق صاحبه نظر إلى قيمة رقيق هذا الذي وجد العيب بالعبد والعبد المعيب فيها يُقَامُ صحيحاً فينظر ما اسم هذا العبد المعيب من جميع قيمتها، فإن كان السدس كان هذا العبد بينهما بنصفين، ورد من الدينار ونصف على صاحبه نصف سدسها، وكان شريكاً في رقيق صاحبه بنصف سدسها، وإن كانت قد فاتت رجع عليه بنصف سدس قيمتها وَحَاصَّهُ في نصف سدس قيمتها بنصف سدس الدينار ونصف، وكان العبد المعيب بينهما، لأن الدينار والنصف قد أصاب كل رأس مِنها بقدر قيمته فلما أن صار هذا العبد المعيب سدس قيمة الخمسة أرؤس كان الذي أصابه من الدينار نصف سدسه فكان للذي وجد العيب نصف السدس.

قال ابن القاسم: ولو كان العبد الذي وجد به العيب هو وجه الخمسة أرؤس التي أخر فيها رجاء الفضل ولم يفت رقيق صاحبه انتقضت القسمة كلها، واقتسموا ثانية، ولو كانت قد فاتت رقيق صاحبه بِنَمَاءٍ أو نقصان أو اختلاف أسواق كان عليه قيمتها ثم اقتسموا الرقيق والقيمة.

قال محمد بن رشد: قولُه فكان حظ أحدهما خيراً من حظ صاحبه بدينار ونصف فغرم لصاحبه ديناراً ونصفاً كلامٌ وقع على غير تحصيل لا يصح، لأنه إنما يجب أن يغرم له ديناراً ونصفاً من ماله إذا كان حظ صاحبه خيراً من صاحبه بثلاثة دينار، وكذلك قولُه إذا كان العبد المعيب سدس قيمة الأعْبُد التي صار في نصيبه أنه يكون بينهما نصفين ويكون شريكاً في رقيق صاحبه نصف سدسها ويرد من الدينار ونصف نصف سدسهما غلط وكلام وقع على غير تحصيل، لأن الواجب إنما هو أن يرد إليه جميع سدس الدينار ونصف أو يحاصه بذلك في سدس قيمة رقيقه إن كانت قد فاتت وبذلك تستقيم المسألة فيكون قد ردّ إليه قدر ما رجع به عليه فتدبر ذلك تجده صحيحاً، ويتبين ذلك بالتنزيل مثال ذلك أن تكون الأرؤس التي بينهما خمس عشرة شاة فيقتسمانها بينهما يأخذ أحدهما سِتِّ شياه قيمتها ستة دنانير ويأخذ الآخر تسع شياه قيمتها تسعة دنانير، ويعطي صاحبه ديناراً ونصفاً نصف ما زاد ما أخذ على ما أخذ شريكه فيعتدلان بذلك فإن وجد الذي أخذ الدينار ونصفاً عيباً بشاة من الست شياه التي أخذ وقيمتها دينار والتسع قائمة بيد شريكه لم تفت رَدَّ على شريكه الشاة المعيبة فكانت بينهما بنصفين، ورد عليه سدس الدينار ونصف الذي قبض منه، وكان شريكاً معه في التسع

شياه بنصف سُدُسِهَا فكان إذا فعل ذلك قد قبض كل واحد منهما من صاحبه ما ينوب ما دفع إليه مما بيده، لأن الذي وجد العيب بالشاة أعطى صاحبه أربعة أسداس مثقال ونصف سدس مثقال نصف الشاة بثلاثة أسداس وسدس الدينار ونصف سدس، وأخذ من صاحبه نصف سدس التسع شياه وقيمة ذلك أربعة أسداس ونصف سدس كما دفع،لأن قيمتها تسعة مثاقيل فنصف سدسها أربعة أسداس ونصف سدس.

ولو كانت التسع شياه قد فاتت بيد الذي قبضها لوجب إذا ردّ عليه الشاة المعيبة فكانت بينهما أن يرجع عليه بنصف قيمة التسع شياه، وذلك أربعة أسداس ونصف سدس بعد أن يدفع إليه سدس الدينار ونصف، أو يقاصه به فيأخذ منه نصف دينار، وهذا كله بين والحمد لله.

وقوله: إنه يكون شريكاً في رقيق صاحبه بنصف سدسها إن كان العبد المعيب سدس حظه، وإن كان وجهه انتقضت القِسْمَةُ هو أحد قوليه في المدونة، وقوله الثاني فيها إنه في اليسير يرجع بما نابه من حظ صاحبه دنانير وإن كان قائماً، وفي الكثير يكون شريكاً بما نابه ولا تنتقض القسمة فَفَرَّقَ في كِلَي القولين بين الوجهين وقال في كل وجه منها قولين، فلا اختلاف في أنه لا تنتقض القسمة في اليسير، ولا في أنه لا يرجع في قدره من الدنانير في الكثير، وهذا الاختلاف كله في القيام، ولا اختلاف في أنه يرجع بما ناب المعيب أو المستحق من الدنانير في الفوات وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَابِ حَمَلَ صَبِيًّا عَلَى دَابَّةٍ

قال عيسى: سألت ابنَ القاسم عن الحائط والدار والأرض تكون بين الورثة كيف يقتسمون ذلك؟ قال ابن القاسم: يقسم على أدناهم سهماً ثم يضرب في الطرفين فأيهم وقع سهمه في أحد الطرفين ضُمَّ له نصيبه إلى حيث وقع سهمه، ثم يضرب لمن بقي فيما بقي كذلك في أحد الطرفين بعد الذي عزل، فإذا وقع سهم أحدهم في شق ضم إليه نصيبه إلى حيثُ وقع سهمه حتى يكملِ كذلك حتى يكون نصيب كل واحد به مجتمعاً، ولا يقع حقه مُبَدَّداً وكذا وجه ما فَسَّر لي مالك ووصفَ لي قال ابن القاسم وتفسير يقسم على أدناهم سهماً إن كان أدناهم صاحبَ السدس قسمت الأرض على ستة أجزاء بالقيمة، فإن كان بعض الأرض أفضلَ من بعض فضلت بالقيمة على قدر تفاضلهما، فقد يكون الفدان الواحد ثَمَنَ فَدَادِين يُحمل كل سهم بالقيمة على قدر تفاضله حتى يَسْتَوِي في القيمة فتكون قيمة كل سهم واحد وإن كثرت الأرض في بعض تلك السهام لِرَدَاءَتِهَا وفي بعضها لارتفاعها في القيمة وكرمها، فإذا استوت في

القيمة كتب أهلُ كُلِّ سَهْمٍ اسمَ سهمهم ثم أسهم في الطرفين جميعاً، فمن خرج سهمه في طرف ضم إليه ما بقي من حقه إلى حيث خرجِ سهمه ثم يضرب أيضاً في الطرفين فيصنعوا في ذلك كما صنعوا أوّلاً أبداً حتى يأتوا على آخرها، قال عيسى: إذا كانت الكريمة تحمل القسمة، والدنِية تحمل القسمة الكريمة على حِدَتِهَا والدنيةُ على حدتها.

قال محمد بن رشد: قوله في أن الحائط والدار والأرض تقسم على أدناهم معناه إذا كانت فريضتهم تقسم على أدناهم سهماً مثل أن تهلك امرأة عن زوج وأم وأخت لأم، فإنها تقسم أسداساً ثم يضرب بسهامهم على الطرفين فإن خرج سهم الزوج في أحد الطرفين وسهم الأم في الطرف الآخر أخذ الزوج النصف في الطرف الذي خرج سهمُه فيه، وأخذت الأم الثلث في الطرف الذي خرج سهمها فيه، وكان للأخت السدس الباقي من الوسط حيث بقي وإن خرج سهمُ الأخت في أحد الطرفين وسهم الزوج أو الأم في الطرف الآخر أخذت الأخت السدس في الطرف الذي خرج سهمها فيه وكان للزوج النصف الباقي في الوسط، وإن كان الزوج هو الذي خرج سهمه في الطرف الآخر أخذت فيه، وكان للأم الثلث الباقي في الوسط، وكذلك ما أشبهه على هذا القياس.

وقد قيل: إنه إنما يضرب سهامهم على الطرف الواحد أبداً وهو الذي في المدونة ثابت في كل رواية، وأما إن كانت فريضتهم لا تنقسم على أدناهم سهما فلا بد أن تنقسم على مذهب ابن القاسم على ما تنتهي إليه سهام فريضتهم التي تنقسم منها وإن كان سهم أقلهم نصيباً ينتهي إلى عشرة أسهم أو أقل أو أكثر مثل أن تهلك امرأة عن زوج وأم وابن وابنة، فإنها تنقسم على ستة وثلاثين سهماً لأن فريضتهم لا تنقسم من أقل منها، يكون للزوج تسعة، وللأم ستة، وللابن أربعة عشر، وللبنت سبعة، ثم يضرب بسهامهم على الطرفين فمن خرج سهمه منهم في طرف ضم إليه فيه بقية حقه إن كان الزوج أخذ فيه تسعة أسهم وهو الربع وإن شئت قلت السدس ونصف السدس[1]، وإن

---

(١) (قوله: كمن ذكر) أي زوج وأختين شقيقتين أو لأب وأم مع أخ لأم فللزوج النصف ثلاثة، وللأختين الشقيقتين أو لأب الثلثان أربعة، وللأم السدس واحد، وكذلك الأخ للأم له السدس واحد فهذه تسعة أسهم.

(قوله: كمن ذكر) أي زوج وأختين لغير أم وأم مع إخوة لأم فللزوج النصف ثلاثة، وللأختين لغير الأم الثلثان أربعة، وللأم السدس واحد، وللإخوة للأم الثلث اثنان فهذه عشرة أسهم (قوله: وكأم الفروخ إلخ) المسمى بهذا الاسم هو الفريضة العائلة لعشرة مطلقا لا هذا المثال الذي =

كانت الأم أخذت فيه ستة أسهم وهو السدس، وإن كان الابن أخذ فيه أربعة عشر سهماً وهو السدسان وثلث السدس، وإن كانت الأخت أخذت فيه سبعة أسهم وهو السدس وسدس السدس، ويأخذ في الطرف الآخر من خرج سهمه فيه على هذا الترتيب، ثم يسهم بين الباقيين منهما على ما بقي من السهام، فمن خرج سهمه منهما في طرف ضم إليه بقية حقه فيه، وكان للباقي ما بقي وقد قيل إنه لا يسهم إلَّا على طرف بعد طرف، فإن تشاحوا على أي الطرفين يسهم عليه أَوَّلاً أسُهم على ذلك، وهو قوله في المدونة على ما ذكرناه، هذا مذهبه في القسمة في المدونة وغيرها، وقد ذكرنا مذهب مالك في ذلك في المدونة في تكلمنا على أول مسألة من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.
وقوله: فإن كان بعض الأرض أفضل من بعض فضلت بالقيمة فقد يكون الفدان الواحد تَعَدٍّ للفدانين، هو مثل ما في كتاب الوصايا الثاني من المدونة خلافُ ما في كتاب القسمة منها من أن الأرض لا تقسم قسماً واحداً إلَّا إذا كانت معتدلة في الطيب والكرم، وقول عيسى في المسألة قول ثالث وقد مضى بيان هذا في أول مسألة من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب البراءة

قال وسألت ابن القاسم عن الإِخوة يرثون منزلاً عن أبيهم يقتسمونه فيغيب بعضهم ويُقيم بعضهم فيقدم الغائب بعد سنين فتشتبه عليهم حالهم ويقول الذين عملوا لا نعرف سهامكم هل يعيدون القسمة جميعاً؟ قال أما الذين عمروا فيحلفون بالله إذا لم يصدقهم أشراكهم أن الذين عمروا سِهَامُهُم ولا شيء عليهم ويعيدون هؤلاء الذين اشتبهت عليهم السهام القسمة فيما اشتبه عليهم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأنهم قد تقارَرُوا على القسمة فوجب أن يكون من بيده منهم أرض في اعتماره أن يكون القولُ قولَه مع يمينه أنها هي التي صارت له بالقسمة وبالله التوفيق [1].

= ذكره الشارح فقط كما يوهمه لفظه.حاشية الدسوقي ٨٩/٦.

(١) قال في المدونة: يجوز كراء المشاع كنصف عبد أو دابة قال اللخمي: وإذا أكرى رجل من رجل نصف عبده أو دابته، أو داره جاز ذلك، ثم هما في العبد والدابة بالخيار بين أن يقتسما المنافع يوما بيوم، أو يومين بيومين فيستعمله المستأجر في الأيام التي تصير إليه فيستخدم العبد، ويركب الدابة، وإن شاء آجره من غيره، وإن شاء أن يؤاجر ذلك من أجنبي، ويقتسما الأجرة، وإن لم =

مسألة:

قلت: فلو كان حظ رجل منهم من تلك الأرض بيد أخيه عشرين سنة أو نحوها فمات صاحبُ السهم وطلب ذلك بنوه من بعده من عمهم، أو لم يمت فطلب ذلك هو والمنزل معروف لوالدهم أنه مات عنه، قال: إن ادعى شراءً أو صدقة فذلك له أقام البينة أو لم يُقم، لأن في عشرين سنة ما بيد الشهود وإن كان لا يدعي شراء ولا صدقة وإنما يقول هو في يدي فإن ذلك لا ينتفع به، قال ولو مات الذي كان الحائط في يديه فقال الورثة لا ندري بأي شيء كان في يد صاحبنا فليس عليهم شيء إلَّا أن يأتي الذين يدعونه بأمر يُبَيِّنُ حُقُوقَهُمْ.

قال محمد بن رشد: مساواتُه في هذه المسألة بين الشراء والصدقة خلافُ قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق في تفرقته بينهما في الأجنبيين إذ لا فرق بين المسألتين على القول بأنه لا حيازة بين الأجنبيين في العشرة الأعوام إذا لم يكن هدم ولا بُنيان كالقرابة لأنه جعل في هذه الرواية القولَ قولَ الحائز فيما يبدأ الشهود فيه من المدة إذا ادعى شراء أو صدقة ولم يجعل في رواية عيسى عنه من كتاب الاستحقاق القول قوله في ذلك إلَّا في الشراء دون الصدقة والهبة والنزول.

وقوله: إن الورثة إذا قالوا لا ندري بما تَصَيَّر ذلك إلى موروثنا الذي ورثناه عنه قُبِل ذلك منهم ونفعتهم الحيازة، وإن لم يدعوا الوجه الذي تَصَيَّر به ذلك إلى موروثهم في أنهم لا ينتفعون بالحيازة إلَّا أن يدعوا الوجه الذي صار به إليهم، وقد مضى القول على هذا مستوفي في رسم تسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وسئل ابن القاسم عن الرجلين يقتسمان داراً بينهما فيجد أَحَدُهُمَا في حظه جُبًّا بالأولى ولا يجد الآخر شيئاً أيكون له معه في ذلك شيء؟ قال: نعم أرى له معه في

=

يكن العبد من عبيد الخدمة، وكانت له صنعة لا يمكن تبعيضها ترك لصنعته واقتسما خراجه، وأما الدار، فإن كانت تنقسم قسمت منافعها، وسكن المكتري فيما يصير إليه، أو أكراه، وإن كانت لا تحمل القسم أكريت واقتسما كراءها إلا أن يحب أحدهما أن يأخذها بما يقف عليه كراؤها، وإن كان العبد أو الدابة، أو الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بإذن شريكه جاز، وعاد الجواب في قسمة منافعه إلى ما تقدم إذا كان جميعه لواحد. مواهب الجليل ١٨٢/٨.

ذلك حظاً، وأرى أن يعاوده القسم إذا كان لم يفت، فإن فات ببنيان رأيت له عليه نصف ذلك، وهو بمنزلة بيوت وجدها أسفل بيوت لم يكن علم بها، فليس له أن يأخذها دونه[1].

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه المسألة خلافُ نص قول سحنون في آخر جامع البيوع، وما ذهب إليه ابن حبيب وابن دينار وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفي غاية الاستيفاء في سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية ومن كتاب اللقطة وفي آخر البيوع فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

من سماع يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الذي يوصي بوصايا وعتاقة فتنفذ الوصايا والعتاقة ثم يطرأ على الوصي دين يحيط بماله، وقد شهد العبيد المعتقون على حقوق وطال زمان ذلك واقتسم الورثة ونما بعض ذلك في أيديهم أو نقص أو استُهْلِكَ، فقال: ترد الوصايا التي أخذها أهلها بحال ما يوجد في أيديهم نامية أو ناقصة وما هلك منها فلا ضمان عليهم إلّا أن يستهلكوا شيئاً فيغرمونه أو يكونوا اشتروا شيئاً فحوسبوا به في

---

(١) وإذا كان حائط بين اثنين فليس لأحدهما أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه وكذلك كل مال مشترك وإذا انهدم الحائط المشترك وكان حاجزا وسترة بين الدارين فأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر ففيها لمالك قولان أحدهما أنه يجبر الذي أبى من البنيان على بنيانه مع شريكه والآخر أنه لا يجبر عليه ولكن يقتسمان عرصة الحائط ونقضه ثم يبني من شاء منهما لنفسه وهذا هو المعمول به عندنا ومن أفتى أو قضى بالوجه الأول فلا حرج بين رجلين دارا مشاعة بينهما ولأحدهما إلى جانبها دار له وحده فأراد أن يفتح من الدار التي بينهما إلى داره بابا لداره فلشريكه أن يمنعه إن شاء لأن الحائط الذي يفتح فيه الباب بينهما ليس له ولو فتح الباب في حائط داره التي له وحده ليدخل منها إلى الدار المشتركة كان ذلك له ذكره ابن المواز وإن كانت بئر بين اثنين فغارت وانهدمت فإصلاحها عليهما جميعا فإن أراد أحدهما إصلاحها وأبى الآخر فلمالك أيضاً قولان على ما ذكرنا في الحائط المشترك بين اثنين فإن أنفق أحدهما فيها قبل ذلك شيئا انتفع فيه ومن زرع أو غرس على غير ما يملكه لم يقض له على جاره أن يصرف إليه من الماء ما فضل عن شربه وإنما الذي يقضي له بذلك رجل غرس أو زرع على بئر له أو عين فانهارت البئر ونضب ماء العين وله جار في بئره ماء فضل عنه عن شربه فهو الذي يقضي على له جاره ويجيز أن يصرف إليه من الماء ما فضل عن شربه بلا ثمن حتى يصلح بئره لئلا يهلك زرعه. الكافي ٢/ ٣٠١.

وصاياهم فيكون لهم نماؤه وعليهم تواؤه ويردون الثمن الذي حوسبوا به قال: والورثة بهذه المنزلة فيما اقتسموا مما أخذوا على حال الاقتسام، فنماؤه للغرماء ولا ضمان على الورثة فيه إلَّا أن يستهلكوا شيئاً فيكون عليهم غرمه، وما اشتروا على حال البيع وليس على وجه الاقتسام فنماؤه لهم وضمانه عليهم يغرمون الثمن الذي كان وجب به عليهم، قال: وما اقتسموا من ناض ذهب أو ورق أو طعام أو إدام فإنهم يغرمون ذلك كله، وإنما يوضع عنهم ضمان ما هلك من العروض والحيوان والعقار التي تقسم بالقيمة، قلت أرأيت ما اقتسموا من العروض بالقيمة فغابوا عليه ولم يُعْرَفْ هلاكُه إلَّا بقولهم أيبرؤون من ضمانه؟ أو الطعام أو الإدام أتوجب عليهم ضمانه وتراه كالذهب إذا عرف هلاكه بالبينة؟ كبراءة المرتهن والمستعير وحاله فيما لم يغب عليه كحالهما.

قال محمد بن رشد: الأصل في هذه المسألة قول الله تبارك وتعالى في آية المواريث ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١٢] فنص تعالى على أنه لا ميراث لأحد من الورثة إلَّا من بعد تأدية الدين والوصية.

واختلف إذا طرأ على التركة دين أو وصية بعدد بعد اقتسام الورثة ما ترك الميت من دنانير أو دراهم أو طعام أو عرض أو حيوان أو عقار على خمسة أقوال أحدها أن القسمة تنتقض لحق الله تعالى شاء الورثة أو أبوا[(١)]، فيكون ما هلك من جميعهم وَما نَمَا لجميعهم، فيخرج الدين أو الوصية من ذلك ويَقْسِمُ الورثةُ ما بقي إن بقي شيء، وهذا قول مالك في رواية أشهب عنه، والثاني أن القسمة تنتقض فيكون ما هلك أو نقصَ أو نما بين جميع الورثة إلَّا أن يتفق جميعهم على ألّا ينقضوها ويخرجوا الدين أو الوصية من أموالهم فيقروها، فيكون ذلك لهم، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم المنصوص له في المدونة، وقد اضطرب في ذلك قوله، والثالث أن القسمة تنقض أيضاً فيكون ما هلك أو نقص أو نَمَا بين جميعهم إلَّا أَنَّ لمن شاء من الورثة أن يخرج من ماله ما يَنُوبُه من الدين ويحمل نوبه مما هلك ويبقى حظه في يديه، فيكون ذلك له،

(١) من المدونة: إذا قسم القاضي بين الورثة لم يأخذ منهم كفيلا بالحق من دين، فإن طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاض وهم رجال.

اللخمي: والموصى له بتسمية من العين مثل أن يوصى له بمائة دينار والثلث يحملها إذا طرأ على الورثة صار بمنزلة غريم طرأ على ورثة.

قال في المدونة: لو قدم موصى له بدنانير أو دراهم يحملها الثلث كان كلحوق الدين، أما وحده أو نقض القسم ولا يجبروا على أدائه من أموالهم، ومال الميت قائم، وما هلك بأيديهم مما أخذوه من مال الميت بغير سببهم لم يضمنوه. المدونة ٣٦٧/٥.

وهو قول ابن حبيب في الواضحة، مثال ذلك أن يهلك المُتوفى وله أربع بنين ويترك عروضاً ثمانَ بقرات في التمثل قيمة كل بقرة منها عشرة مثاقيل، فيقسمونها بينهم فيأخذ كل واحد منهم منها بقرتين بقرتين، فتموت بِيَد واحد منهم بقرة من البقرتين اللتين صارتا له في سهمه ويطرأ على المتوفى دين عشرة مثاقيل، فإن الواجب في ذلك على مذهبه أن تنتقض القسمة ويخرج الدين من السبع بقرات الباقية، فإن بيع فيه بقرة واحدة قسمت الستة الباقية بين البنين الأربعة بالسهمة حسبما مضى من الاختلاف في صفة القسمة بها إن لم يتفقوا على قسمتها بالتراضي، ولمن شاء منهم على مذهبه أن يخرج من ماله ما ينوبه من الدين، وذلك دِينَارَانِ ونصفُ دينار، ويحمل نوبه من قيمة البقرة التي مات، وذلك دينار ونصف دينار أيضاً إن كانت قيمتها عشرة فيؤدي خمسة دنانير، دينارين ونصف دينار لصاحب الدين، ودينارين ونصف لسائر الورثة، ويترك حظه في يديه، ويردون الباقون جميعَ ما بأيديهم إن أبوا إلَّا نقض القسمة فيقتسمون الخمس بقرات التي في أيديهم مع الدينارين ونصف دينار التي حمل الراضي بالقسمة بينهم على السواء بعد أن يؤدوا بقية الدين وذلك سبعة دنانير ونصف دينار، والقول الرابع أن القسمة لا تنتقض، وهو قول أشهب وسحنون إلَّا أنهما اختلفا في فض الدين، فقال سحنون إنه يفض على ما بيد كل واحد منهم يوم الحكم، وقال أشهب في أحد قوليه إنه لا يفض على الأجزاء التي اقتسموا عليها زادت أو نقصت ما كانت قائمة، فلا اختلاف في أنه لما لا يضمن من تلف ما بيده بأمر من السماء لصاحب الدين شيئا من دينه والقول الخامس أن القسمة تنتقض بين من بقي بيده حظه أو شيء منه أو استهلكه أو شيئاً منه، فأما من تلف جميع حظه بأمر من السماء فلا يرجع صاحب الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بعد تأدية الدين، وقولُ ابن القاسم في هذه الرواية إذَا لَحِقَ دين يغترق التركة بعد تنفيذ الوصايا والعتق واقتسام الورثة إن الوصايا ترد بنمائها ونقصانها، وتنقض القسمة ويكون النماء للغرماء والضمان عليهم، ولا يكون على الورثة ضمان شيء منه إلَّا أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه بَينٌ لا كلام فيه على مذهبه إذا كان الدين يغترق التركة بنمائها، وأما إن كان لا يغترقها فاتفق جميعهم على أن يؤدوا الدين ويمضوا قسمتهم فذلك لهم على مذهبه.

وأما قوله: فيما اشتروا من التركة فحوسبوا فيه في ميراثهم أو اشتراه الموصى لهم منها فحوسبوا به في وصاياهم إن لهم النماء وعليهم الضمان، وليس عليهم إلَّا الثمن فهو بين صحيح لا اختلاف فيه إذ لا فرق بين أن يشتروه فيحاسبوا به في ميراثهم أو في

وصاياهم وبين أن يباع من غيرهم فيدفع إليهم الثمن في ذلك(١).

وأما قولُه: وما اقتسموا من ناض ذهب أو ورق أو طعام أو إدام فإنهم يغرمون ذلك كله وإنما يوضع عنهم ضمان ما هلك من الحيوان والعروض والعقار الذي يقسم بالقيمة فالظاهر منه أن الذهب والورق والطعام والإدام يغرمونه إن هلك ولا يوضع عنهم ضمانه وإن قامت بينة على تلفه، بخلاف العروض والحيوان والعقار التي تقسم بالقيمة، وقد بين ذلك إذ جعل الحكمَ فيه حكمَ العارية فيما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه مضمونة كالقراض، وكذلك قال في العارية من المدونة إنها قرض. وهو قول ابن الماجشون في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح خلافُ قوله فيه إنه لا ضمان عليه في العين ولا في كل ما يغاب عليه إذا قامت البينة على تلفه، وخلافُ قول أصبغ في تفرقته بين العين وبين ما سواه مما يغاب عليه.

فيتحصل في العين والطعام والإِدام إذا قامت البينة على تلفه ثلاثة أقوال أحدها أنه ضامن وهو قوله في هذه الرواية، والثاني أنه لا ضمان عليه، وهو قوله في سماع أصبغ من كتاب النكاح، والثالث الفرق بين العين والطعام والإِدام وما كان في معناه من المكيل والموزون كله، وهو قول أصبغ، وأما إذا لم تقم بينة على تلف ذلك فهو ضامن ولا اختلاف في العروض التي يغاب عليها أنه ضامن إلَّا أن تقوم البينة على تلفها ولا في الحيوان الذي يغاب عليه أنه يصدق في تلفه وبالله التوفيق.

ومِنْ كِتَاب الأقْضِيَة

أخبرني مَن أرضي أنّ عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون قال: إذا اقتسم الورثة الدور والأرضين على سُنَّة اقتسامها ثم استحق منها بعض ما في أيديهم أو وُجِدَ ببعض ذلك عيب فإِن القسم يُعَادُ بينهم، قال: وإن كانوا اقتسموا على وجه المراضاة وكلهم قد

---

(١) قلت: أرأيت الرجل تكون له الدنانير فيحول عليها الحول وهي عشرون دينارا، وعليه دين وله عروض أين يجعل دينه؟ فقال: في عروضه، فإن كانت وفاء دينه زكى هذه العشرين الناضة التي حال عليها الحول عنده قلت: أرأيت إن كانت عروضه ثياب جسده وثوبي جمعته وسلاحه وخاتمه وسرجه وخادما تخدمه ودارا يسكنها؟ فقال: أما خادمه وداره وسلاحه وسرجه وخاتمه، فهي عروض يكون الدين فيها، فإن كان فيها وفاء الدين زكى العشرين التي عنده، قال: وهو قول مالك، وأصل هذا فيما جعلنا من قول مالك أنه ما كان للسلطان أن يبيعه في دينه فإنه يجعل دينه في ذلك، ثم يزكي ما كان عنده بعد ذلك من ناض، وإذا كان على الرجل الدين فإن السلطان يبيع داره وعروضه كلها ما كان من خادم أو سلاح أو غير ذلك، إلا ما كان من ثياب جسده مما لا بد له منه ويترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام. المدونة ١٦٩/٢.

بلغ أن يَحُوز أمره فيما نظر فيه لنفسه ثم استحق بعض ذلك أو وجد معيباً فأَيُّمَا عيب دخل فيه فينظر فيه بما ينظر فيه فيما يوجد معيباً مما يشتري، وذلك أنهم إذا تراضوا فكأنما اشترى بعضهم من بعض إذا اقتسموا على وجه الاقتسام (١).

قال محمد بن رشد: تفرقةُ عبد العزيز بن أبي سلمة إذا استحق بعض نصيب أحد الأشراك بعد القسمة أو وجد بها عيب بين أن تكون القسمة على التراضي أو على وجه الحكم بالسهمة يأتي على قياس القول بأن القسمة تمييز حقّ لا بيع من البيوع، لأنه إذا استحق بعض نصيب أحدهم أو وجد به عيب فليس الذي بقي بيده مع الذي يرجع به في الاستحقاق على حكم الرجوع بالبيع من مشاركة صاحبه فيما في يده أو الدنانير التي يأخذ منه في ذلك هو حقه الذي كان تميز له بالقسمة، لأن الذي تميز له بها أخذه بالقرعة، فإذا لَزِمَ الرجوع على صاحبه بقدر ما استحق من نصيبه شاء أو أبى فقد حصلت القرعة على ما لا يجوز الاقتراع عليه من الصنفين، ألا ترى أنه إذا كان أحد النصيبين أفضلَ من الآخر فجعل بينهما دنانير أنه لا يجوز الاقتراع على ذلك؟ وقولُ ابن القاسم وروايتُه عن مالك في إيجاب الرجوع في ذلك على حكم البيع هو على قياس القول بأن القسمة بيع من البيوع، وأما إذا كانت القسمة على التراضي فلا اختلاف في أن حكمه حكم البيع في جميع الأحكام التي تطرأ على البيوع من الاستحقاق والعيوب وسائر الأحكام المتعلقة بالبيوع وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: ولا ينبغي أن يقسم شيء من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يباع ذلك

---

(١) قال ابن غازي: اشتمل كلامه يعني المصنف على ثمانية أنواع من الأحد عشر نوعا التي في المقدمات وكأنه أسقط الثلاثة لرجوعها للثمانية كما أشار إليه في المقدمات، انتهى.

قلت والثلاثة الباقية هي طرو الغريم على الغرماء والورثة فإن كان فيما أخذه الورثة كفاف دين الغرماء رجع عليهم كما تقدم في طرو الغريم على الورثة وإن لم يكن فيه كفاف دينه رجع على الغرماء بقيمة دينه كالعمل في رجوع الغريم على الغرماء والثانية طرو الموصى له بجزء على الموصى له بجزء وعلى الورثة، والحكم فيها إن كان ما أخذه الورثة زائدا على الثلث كفاف الجزء الطارئ كان كطرو الموصى له بجزء على الورثة وإن لم يكن فيه كفاف رجع بالباقي على الموصى لهم والثالثة طرو الغريم على الورثة والموصى لهم بأقل من الثلث، والحكم فيها أن ينظر فإن كان ما قبضه الموصى له بجزء من الثلث بعد أداء الدين فلا رجوع للغريم عليه إلا في عدم الورثة وإن كان لا يخرج من الثلث بعد ذلك فيرجع بالزائد على الثلث على من وجد من الموصى لهم مليئا وأما قدر الثلث فلا يرجع به على الموصى له إلا في عدم الورثة، والله أعلم. مواهب الجليل ٣٨٤/٧.

فيشتريه من أحب.

قال محمد بن رشد: إنما لم يُجز ابنُ أبي سلمة قسمة شيء من الحيوان والعروض بالقيمة لأنه رأى الِاستهام غَرَرا فلم يجزه إلّا في قسمة الدور والأرضين لحاجة الناس إلى اقتسامها ليشفع كل واحد منهم إن باعوها واقتسموا الثمن أو يعتاض بحظه منها مسكناً يسكنه وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد من ابن القاسم

قال ابنُ القاسم عن الرجل يكري داره سنة من رجل ثم يهلك صاحب الدار بعد شهر أو شهرين كيف الأمر في ذلك إذا طلب الورثة قسمة دار أبيهم؟ قال ابن القاسم: الكراء الذي تكارى ليس لهم أن يخرجوه حتى يتم سنة، فإن أحبوا أن يقسموا فذلك لهم، يعرف كل إنسان منهم ما يصير له إذا كان لا يضر بالمتكاري ولا يضيق عليه شيء، وإن أراد ورثته إذا اقتسموا أن يبني كل إنسان منهم ما يصير له إذا كان ذلك لا يضر بالمتكاري كان ذلك له[1].

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها لأن الكراء بيع من البيوع، فهو عقد لازم يلزم ورثة كل واحد من المتكاريين، فإن أمكنهم القسمة دون أن يضر ذلك بالمتكاري لم يمنع من ذلك مانع، ويقتسمونها إن شاؤوا على الصفة، إذ من حقّ المكتري أن يمنعهم من الدخول فيها لقسمتها، فإن أذن لهم في ذلك لم يكن لهم أن يحجروا على أنصبائهم بالبنيان إلّا بإذنه ورضاه، وقوله في الرواية إن ذلك لهم إذا كان ذلك لا يضر بالمتكاري معناه عندي إذا كان قد أذن لهم بالبنيان فلهم أن يبنوا ما لا يضر به وبالله التوفيق.

تمّ كتاب القسمة بحمد الله تعالى وصلى الله على محمد صلى الله عليه وسلم.

---

(١) وكذلك الرجل يكري داره سنة فيفلس المكتري إن الذي اكترى أولى بسكنى الدار وإن كان لم يسكن فهو أولى بجميع السكنى وكذلك قال مالك في الإبل: يتكاراها الرجل يحمل عليها بزه إلى بلد من البلدان فيفلس الجمال أو البزاز أيهما فلس إن فلس الجمال فالبزاز أولى بالإبل حتى يستوفي ركوبه إلا أن يضمنوا الغرماء حملانه ويكتروا له من أملياء ثم يأخذون الإبل فيبيعونها في دينهم وإن أفلس الجزاز فالجمال أولى بالبز إذا كان في يديه حتى يستوفي كراءه. المدونة ١/ ٥٦٣.

فهرس المحتويات

AL-BAYĀN WAL-TAḤṢĪL WAL-ŠARḤ WAL-TAWJĪH WAL-TAʿLĪL LIMASĀʾIL AL-ʿUTBIYYAH

by

Al-qāḍi Ibn Rušd

Edited by

Muḥammad ʿUṯmān

Volume VII

دار الكتب العلمية®

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban